DER ÄRZTLICHE HEILEINGRIFF IN STRAFRECHTLICHER SICHT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES MINDERJÄHRIGEN PATIENTEN

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
in der gesamten Medizin
an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

Josef H. Boiger

1984

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546827_0006

Aus dem Institut für Rechtsmedizin der Universität München

Direktor: Prof. Dr. W. Spann

DER ÄRZTLICHE HEILEINGRIFF IN STRAFRECHTLICHER SICHT UNTER BESONDERER BERÜCKSICHTIGUNG DES MINDERJÄHRIGEN PATIENTEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde in der gesamten Medizin

an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Josef H. Boiger

aus

München

Jahr

1983

Mit Genehmigung der Medizinischen Fakultät

der Universität München

Berichterstatter: Prof. Dr. E. Liebhardt

Mitberichterstatter: Prof. Dr. W. Spann

Dekan: Prof. Dr. W. Spann

Tag der mündlichen Prüfung: 27.03.1984

INHALTSVERZEICHNIS Seite

1.	Einleitende Überlegungen zum Arzt-Patient-Verhältnis	4
2.	Die Voraussetzungen des Ärztlichen Heileingriffs	6
2.1.	Die den Eingriff durchführende Person	7
2.1.1.	Ausbildung und Ausübungserlaubnis als objektive Voraussetzungen	8
2.1.2.	Der Heilwille als subjektive Voraussetzung	8
2.2.	Die Abgrenzung des Eingriffs	9
2.3.	Der medizinisch indizierte Eingriff	10
2.3.1.	Der voll medizinisch indizierte Eingriff	12
2.3.1.1.	zur Vorbeugung und Verhütung	12
2.3.1.2.	zur Erkennung	12
2.3.1.3.	zur Heilung	12
2.3.1.4.	zur Linderung	13
2.3.1.5.	Sonderfall: Die Zwangsernährung nach § 101 StrVollzG	13
2.3.2.	Der nur teilweise medizinisch indizierte Eingriff	14
2.3.2.1.	Die Interruptio	14
2.3.2.2.	Die Sterilisation	15
2.3.2.3.	Die Kontrazeption	16
2.3.2.4.	Die künstliche Insemination	16
2.3.2.5.	Die Geschlechtsumwandlung	16
2.3.2.6.	Die kosmetische Operation	17
2.3.2.7.	Die Sterbehilfe	17
2.3.2.8.	Die Anabolikatherapie	18

2.3.3.	Der nicht medizinisch indizierte Eingriff	19
2.3.3.1.	Das Humanexperiment	19
2.3.3.2.	Die Blutentnahme nach § 81 a StPO	19
2.3.3.3.	Die Organexplantation	20
2.4.	Der kunstgerecht durchgeführte Eingriff	20
2.5.	Der mit Einwilligung versehene Eingriff	22
2.5.1.	Der Gegenstand, die Rechtsnatur und die Notwendigkeit der Einwilligung	22
2.5.2.	Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Einwilligung	25
2.5.2.1.	Die vorherige Aufklärung des Patienten	25
2.5.2.2.	Die willensmängelfreie Einwilligung	36
2.5.2.3.	Die nach außen manifestierte Einwilligung	36
2.5.2.4.	Die nicht sittenwidrige Einwilligung	36
2.5.2.5.	Die nicht widerrufene Einwilligung	37
2.5.3.	Die Erteilung der Einwilligung	37
2.5.3.1.	durch den Patienten	38
2.5.3.2.	durch den berufenen Vertreter	38
2.6.	Die fingierte Einwilligung	39
2.7.	Der Eingriff ohne Einwilligung	42
2.7.1.	Der Behandlungszwang	42
2.7.2.	Der Notfall	43
2.7.3.	Die Gefahr der Zustandsverschlimmerung und der Gefährdung des Heilerfolges	45
3.	Die Einordnung des Ärztlichen Heileingriffs im Strafrecht	46
3.1.	Nach der Rechtsprechung ist der Ärztliche Heileingriff stets tatbestandsmäßig Körperverletzung	46

3.2.	Nach der Strafrechtslehre ist der Ärztliche Heileingriff	
3.2.1.	nie tatbestandsmäßig Körperverletzung	50
3.2.2.	tatbestandsmäßig Körperverletzung nur bei Substanzverlust oder Erfolglosigkeit	52
3.2.3.	tatbestandsmäßig Körperverletzung nur bei entsprechendem Vorsatz	55
3.3.	Stellungnahme	55
4.	Der minderjährige Patient	59
4.1.	Die rechtliche Stellung des Minderjährigen	59
4.2.	Der Ärztliche Heileingriff am minderjährigen Patienten	64
4.2.1.	Der medizinisch indizierte Eingriff	65
4.2.1.1.	mit Einwilligung des minderjährigen Patienten und des Sorgeberechtigten	65
4.2.1.2.	ohne Einwilligung des minderjährigen Patienten und des Sorgeberechtigten	66
4.2.1.3.	ohne Einwilligung des minderjährigen Patienten, aber mit Einwilligung des Sorgeberechtigten	70
4.2.1.4.	mit Einwilligung des minderjährigen Patienten, aber ohne Einwilligung des Sorgeberechtigten	71
4.2.2.	Der medizinisch nicht indizierte Eingriff	72
5.	Ausblick	74

1. Einleitende Überlegungen zum Arzt-Patient-Verhältnis

Einer der geistigen Väter des deutschen Arztrechts, Eberhard SCHMIDT, stellt fest: "Das Verhältnis zwischen Arzt und Patient ist weit mehr als eine juristische Vertragsbeziehung, es ist verankert in den sittlichen Beziehungen der Menschen untereinander und entfaltet sich nur da in einer gerade auch für die gesundheitliche Betreuung des Patienten förderlichen Weise, wo eben diese sittlichen Momente von Mensch zu Mensch es tragen und seinen Inhalt bestimmen[...]" (1).

Darüberhinaus ist der Arzt auch konkreten Pflichten unterworfen, die z.B. im Eid des Hippokrates, in der Berufsordnung für die deutschen Ärzte sowie den gesetzlichen Normen festgehalten sind.
So gebietet z.B. die Berufsordnung dem Arzt, "seine Aufgaben nach seinem Gewissen und den Geboten der ärztlichen Sitte" zu erfüllen: "Der Arzt übt seinen Beruf nach den Geboten der Menschlichkeit aus. Er darf keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften und Anweisungen beachten, die mit seiner Aufgabe nicht vereinbar sind oder deren Befolgung er nicht verantworten kann." (2)
Daraus ist zu folgern, daß der Arzt jedem vermeidbaren Risiko aus dem Weg zu gehen, die Heilungschancen und die Eingriffsrisiken gegeneinander abzuwägen und die indizierte Therapie mit der gebotenen Sorgfalt durchzuführen hat zum gesundheitlichen Wohl des Patienten unter Berücksichtigung des subjektiven Patienteninteresses und seines Selbstbestimmungsrechts.
LAUFS (3) nennt drei Quellen, woraus der Persönlichkeitssphäre des Kranken zunehmend Gefahren drohen: Erstens hat sich das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient durch die vermehrte Einschaltung der Verwaltungsbürokratie gewandelt.

Daneben dringt die Technik weiter in alle Bereiche der Medizin vor und außerdem führt das gesteigerte Spezialistentum zu einer wachsenden Diskontinuität der persönlichen Fürsorge um den leidenden Menschen.

Dem sollten Ärzte und Juristen gemeinsam entgegenwirken, wobei es nach LAUFS vor allem darum geht, das Maß der ärztlichen Sorgfaltspflichten zu bestimmen, es jeweils den aktuellen Erfordernissen anzupassen und es zu gewährleisten. Denn "trotz aller Fortschritte in der Medizin bleibt die Heilbehandlung mit unvermeidbaren Risiken belastet, die auch der gewissenhafteste Arzt nicht zu beherrschen vermag." (4)

Um diese Risiken gering zu halten, sind gewisse Mindestanforderungen zu stellen.

2. Die Voraussetzungen des Ärztlichen Heileingriffs

Grundvoraussetzung jeder wissenschaftlichen Diskussion ist die Verständigung über den Inhalt der verwendeten Begriffe und die einheitliche Benennung gleichartiger Sachverhalte.
Daher muß am Anfang dieser Arbeit die Begriffsklärung stehen.

Die uneinheitlichen Vorstellungen, die mit dem Begriff des Ärztlichen Heileingriffs verbunden sind, machen es notwendig zu fragen, welche durch wen durchgeführten Maßnahmen oder Eingriffe als Ärztliche Heileingriffe zu bezeichnen sind.

Einigkeit besteht nur darüber, daß die Maßnahmen in der Hand eines ausgebildeten Heilbehandlers liegen, einen bestimmten Zweck verfolgen, ärztlich angeraten sein sowie nach den Grundsätzen der Heilkunde und ärztlichen Wissenschaft durchgeführt werden müssen. Die Maßstäbe, nach denen die ärztliche Tätigkeit zu beurteilen ist, sind allein aus dem Gesetz nicht zu gewinnen.
Daher soll hier versucht werden, die entscheidenden Kriterien herauszufinden.

Einen ersten Hinweis geben uns hierzu die Meinungen der Altmeister des deutschen Arztrechts, SCHMIDT, ENGISCH und BELING.
SCHMIDT spricht bei "ärztlichen Eingriffen zu Heilzwecken [von solchen], die vom Standpunkte medizinischen Wissens und ärztlicher Erfahrung aus einwandfrei sind, von diesem Standpunkt aus "indiziert" sind, mithin die objektive Tendenz zur Erhaltung, Sicherung oder Wiederherstellung menschlicher Gesundheit aufweisen und hinsichtlich ihrer Durchführung vor der lex artis zu bestehen vermögen." (5) Er verlangt also nicht nur den "subjektiven Heilwillen" (5), sondern auch die objektiv gesundheitsfördernde Tendenz und die Durchführung de lege artis; auf den Erfolg kommt es seiner Meinung nach nicht an.

Dagegen nimmt ENGISCH zunächst einmal eine negative Abgrenzung vor: Weder das Tätigwerden von Kurpfuschern, noch "Behandlungen, die nicht Heilzwecken dienen (wie Eingriffe zu prozeßualen Aufklärungszwecken, rein wissenschaftliche Experimente, Schwangerschaftsunterbrechungen aus eugenischer oder ethischer Indikation, Sterilisation zur Verhütung erbkranken Nachwuchses, Abkürzung lebensunwerten Lebens usw.) [ließen sich unter den Begriff des Ärztlichen Heileingriffs subsumieren, vielmehr handle es sich hierbei z.B. um die] Ermittlung von Krankheiten zwecks deren Behandlung, Linderung von Schmerzen, Verhütung von Krankheiten, ja selbst Beseitigung von Schönheitsfehlern." (6)

Darüberhinaus differenziert er zwischen dem Begriff der ärztlichen Heilbehandlung und dem engeren Begriff des ärztlichen Eingriffs zu Heilzwecken, zu dem ein mehr oder minder gewaltsames Eindringen in die körperliche Substanz gehöre.

BELING verlangt für die "wohlseinsfördernde Operation [eine] sowohl die Gesundheit wiederherstellende oder bessernde, wie auch die künftiger Erkrankung vorbeugende (Präventiv-)Operation am Gesunden (Herausnahme der Rachenmandeln, des Wurmfortsatzes usw.)" (7)

2.1. Die den Eingriff durchführende Person

So selbstverständlich es klingen mag, daß die erste Voraussetzung in der den Eingriff durchführenden Person liegt, so zeigen doch Fälle des Mißbrauchs in Vergangenheit und Gegenwart wie notwendig es ist zu betonen, daß ärztliche Eingriffe nur von einem approbierten Arzt oder einem zugelassenen Heilpraktiker durchgeführt werden dürfen. Dies ergibt sich aus der grundlegenden Norm des ärztlichen Berufsrechts, nämlich § 5 Abs. 1 Heilpraktikergesetz (HPG) v. 17.2.1939.

2.1.1. Die Ausbildung und Ausübungserlaubnis als objektive Voraussetzungen.

Die in Deutschland bis dahin bestehende Kurierfreiheit wurde erstmals mit Inkrafttreten der Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes v. 21.6.1869 im damaligen Reichsgebiet aufgehoben. Eine Änderung v. 1.7.1883 verbot den nichtapprobierten Personen bei Strafe die Ausübung der Heilkunde im Umherziehen.
Gemäß § 1 HPG bedarf heute einer Erlaubnis, wer die Heilkunde ausüben will, ohne als Arzt bestallt zu sein. Ausübung der Heilkunde ist dabei gemäß Abs. 3 jede "berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden von Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird." (8)

2.1.2. Der Heilwille als subjektive Voraussetzung.

Eine weitere Voraussetzung in der den Heileingriff durchführenden Person ist die subjektive Willensrichtung, nämlich der Wille, einer Krankheit vorzubeugen, sie zu erkennen, zu heilen oder zu lindern.
Damit wird zusätzlich deutlich, daß nicht schon jeder Eingriff des Arztes oder Heilpraktikers einen Heileingriff darstellt, sondern erst der, welcher auch vom Heilwillen getragen ist. Sonst könnte man auch - abgesehen von den Voraussetzungen unter 2.1.1. - den Stich des Messerstechers, der zufällig einen lebensbedrohlichen Abszeß eröffnet, oder den Boxhieb des Schlägers, der zufällig eine lebensbedrohliche Aspiration löst, in die Nähe des Heileingriffs rücken (9).

2.2. Die Abgrenzung des Eingriffs

Bei der Definition des Eingriffs ist zunächst einmal von seinem objektiven Zweck auszugehen.
Selbstverständlich ist hierbei nur der Eingriff am lebenden Menschen gemeint. Der postmortale Eingriff einer klinischen Sektion versehrt zwar den toten Körper, ist aber mit dem Heilzweck nicht in Einklang zu bringen trotz der dadurch vermittelten Kenntnisse.

Über den Gesichtpunkt der Heilung hinaus (genauere Ausführungen hierzu s. S. 13) sind noch weitere Abgrenzungskriterien für den Eingriff wichtig.
Als erstes ist hierbei an die körperliche Unversehrtheit zu denken. Daher stellt jede Operation, jedes Durchstoßen der Haut, sei es im Sinne einer Inzision oder Punktion einen Eingriff dar, denn von der wörtlichen Bedeutung des Wortes Eingriff ausgehend muß man hier ein Eindringen in den Körper verlangen, das mittelbar oder unmittelbar eine bleibende Auswirkung auf den Körper besitzt, oder zumindest eine äußere Einwirkung, die innerliche Auswirkungen zeitigt.
Deshalb gehören die thermische, elektrische, radioaktive, röntgenologische und sogar medikamentöse Einwirkung auf den menschlichen Körper und Organismus dazu, wie auch die sog. unblutigen Operationen, z.B. die Reposition von ausgerenkten Körperteilen, die neuerdings mit Ultraschall vorgenommene Nierensteinzertrümmerung ebenso wie Einwirkungen durch natürliche Körperöffnungen, z.B. Magenspülungen, Intubation, Harnblasenkatheterisierung, Koloskopie u.a., außerdem Hör- und Augenprüfungen, z.B. Messen des Augeninnendrucks.
Soweit auch seelische Störungen Krankheiten sind, ist die Psychotherapie jeder Form in den Begriff des Eingriffs einzubeziehen, denn nicht nur Elektroschock und Psychopharmaka greifen in die körperliche Sphäre ein, auch analytische, Verhaltens-, Hyp-

nosetherapie u.a. greifen über die psychischen Vorgänge letztendlich in die körperliche Sphäre und das körperliche Wohlbefinden ein.

Also sind außer der äußerlichen Versehrtheit innerliche Veränderungen, Schmerzzufügen oder auch nur Belästigungen, sofern sie erheblich sind, als Kriterien heranzuziehen.
Unerhebliche Belästigungen sind z.B. allgemeine Untersuchungen wie das nicht im spezifisch ärztlichen Tätigkeitsfeld angesiedelte Wiegen des Körpergewichts und Messen von Körperlänge, Herzfrequenz und Blutdruck, ebenso Untersuchungsvorgänge wie Inspektion, Perkussion, Auskultation, und sind daher keine Eingriffe im Sinne des o. Dargestellten. Zu ergänzen sind als Nichteingriffe EKG und EEG, die weder verletzen noch Ströme zuführen, sondern sie lediglich ableiten, anders aber die Hirnkammerluftfüllung (10).

2.3. Der medizinisch indizierte Eingriff

Die Entscheidung für den ärztlichen Eingriff ist nicht Selbstzweck, sondern muß zweckgerichtet sein, d.h. z.B. dazu dienen, dem Kranken seine Gesundheit wiederzugeben. Fehlt eine medizinische Indikation, so handelt es sich nicht um einen Ärztlichen Heileingriff im auch hier vertretenen Sinne (11), selbst dann nicht, wenn nicht nur die Einwilligung des Patienten vorliegt, sondern auch wenn der Patient die Behandlung geradezu hartnäkkig fordert. Führt der Arzt den Eingriff dennoch durch, ist er nach Meinung des BGH (11) strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen, denn nach seiner Vorstellung von der Dogmatik des Strafrechts handelt es sich um eine unwirksame Einwilligung, weil er die Frage der Indikation für einen Eingriff als weitere Wirksamkeitsvoraussetzung der Einwilligung zuordnet:
"Ein Patient, der in laienhaftem Unverstand aufgrund einer

unsinnigen selbstgestellten Diagnose von einem Zahnarzt eine umfassende Extraktion seiner Zähne wünscht, erteilt damit keine wirksame Einwilligung zu dieser Maßnahme." (11)

Diese Einordnung kann nicht richtig sein, da die Frage der Indikation allein der Arzt entscheidet, nämlich das "Wie" eines Eingriffs, während die Einwilligung das Ergebnis eines Willensbildungsprozeßes im Patienten darstellt und nur die Frage des "Ob" berührt.
Die Indikation hängt von der vorliegenden oder vermuteten Krankheit ab. Dabei ist der Begriff der Krankheit nicht allgemeingültig definiert und wird entsprechend verschieden gebraucht (12). Für unsere Zwecke genügt eine Störung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens, weshalb der Patient den Arzt aufsucht.

Ist für eine bestimmte Krankheit nicht nur eine einzige Maßnahme indiziert, hat der Arzt auch die verschiedenen Arten des Eingriffs abzuwägen; denn es ist grundsätzlich der Eingriff zu bevorzugen, der die geringste Gefahr bei der höchstmöglichen Effektivität für den Patienten bedeutet.
Speziell über die Operation sagt ENGISCH: "Die Operation ist i n d i z i e r t , wenn sie das einzige oder das beste Mittel ist, um das Leben, die Gesundheit, das Wohlbefinden oder auch das Wohlaussehen des Patienten zu erhalten oder herzustellen, und wenn sie um dessen Willen in Kauf genommen werden darf. Es handelt sich hier in aller Regel um eine I n t e r e s s e n a b w ä g u n g ." (13)
Dabei lassen sich für die Abwägung keine allgemein gültigen Grundsätze aufstellen, denn sie ist neben den Umständen des Einzelfalles auch von den Fortschritten in der Medizin abhängig; durch die Erweiterung der Behandlungsmöglichkeiten erweitern sich auch die Möglichkeiten der Indikationsstellung.

2.3.1. Der voll medizinisch indizierte Eingriff

Im Jahre 1962 hat der Bundesrat einen Alternativentwurf zum Strafgesetzbuch (StGB) vorgelegt, der eigene Bestimmungen zum Ärztlichen Heileingriff enthält. In § 161 sind die medizinischen Indikationen wie folgt abschließend aufgezählt:

> § 161 Heilbehandlung
>
> Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar. (14)

2.3.1.1. Der zur Vorbeugung und Verhütung indizierte Eingriff

Bei Maßnahmen zur Vorbeugung und Verhütung ist vornehmlich an Schutzimpfungen aller Art zu denken, aber auch an andere Eingriffe wie z.B. die Carotidenangiografie zur Apoplexprophylaxe usw.

2.3.1.2. Der zur Erkennung einer Krankheit indizierte Eingriff

Bei Maßnahmen zur Krankheitsdiagnose ist an alle Eingriffe gedacht, die gezielt oder ungezielt bestimmte Krankheiten ans Licht bringen, wie z.B. Gewebsentnahmen zur pathologischen Bestimmung, Blutentnahmen zur Laboruntersuchung, aber auch die breit gefächerte Röntgen- und Röntgenkontrastmitteldiagnostik, Herzkatheterisierung usw.

2.3.1.3. Der zur Heilung indizierte Eingriff

Die einzigen H e i l e i n g r i f f e , die unmittelbar und direkt der Heilung dienen, sind die therapeutischen Eingriffe wie die meisten Operationen von der Appendektomie bis zur Organverpflanzung - hier ist hauptsächlich an die Autotransplantation oder Implantation körperfremder Organe gedacht, die für den Patienten einen Heileingriff darstellen; für die Explantation vgl. 2.3.3.3. - , die medikamentöse Therapie ebenso wie teilweise radiologische Bestrahlungen, Psychotherapie usw. Therapeutische Zielsetzung haben aber auch z.B. die Trennung zusammengewachsener Finger oder die Operation eines Klumpfußes, wobei zuvor nicht vorhandene Funktionen hergestellt werden.

2.3.1.4. Der zur Linderung indizierte Eingriff

Die der Linderung dienenden Eingriffe sind meist medikamentöser Art, in zunehmendem Maße auch operativ wie z.B. in der Tumorchirurgie, wenn die kurative Behandlung aufgrund des fortgeschrittenen Stadiums nicht mehr möglich ist.

2.3.1.5. Sonderfall: Die Zwangsernährung nach § 101 StrVG

Die Zwangsernährung nach § 101 Strafvollzugsgesetz ist aus medizinischer Sicht sicherlich ohne jede Einschränkung indiziert, sofern eine Gefahr für Leben oder Gesundheit des Gefangenen vorliegt.
Die eigentliche Problematik liegt hier jedoch in der Frage des Selbstbestimmungsrechts und wird auch dort behandelt (s. S. 43)

2.3.2. Der nur teilweise medizinisch indizierte Eingriff

Nicht alle ärztlich durchgeführten Maßnahmen dienen diesen oben angeführten Zwecken. Sie lassen sich diesen manchmal nur teilweise, manchmal überhaupt nicht unterordnen. Während die obigen Beispiele einzig und allein von dem geforderten Zweck getragen waren, läßt sich für andere die Grenze zwischen ärztlichem Eingriff zu Heilzwecken und einem solchen zu anderen Zwecken nicht immer einfach ziehen.
Im folgenden sollen daher einige Beispiele, die wegen ihres Grenzcharakters auch in der Öffentlichkeit starke Beachtung finden, vorgestellt und kurz diskutiert werden.

2.3.2.1. Die Interruptio

Eines der meist diskutierten Probleme unter Ärzten wie Juristen war und ist die Unterbrechung der Schwangerschaft, wobei nach § 219 b StGB Handlungen, deren Wirkungen nach Befruchtung, aber vor Abschluß der Nidation eintritt, wie z.B. bei der Postcoitalpille, nicht hierzu zählen.
Beim Schwangerschaftsabbruch handelt es sich normalerweise um einen ärztlichen Eingriff - vom Eingriff durch sog. Kurpfuscher einmal abgesehen - , aber nicht in jedem Fall um einen Heileingriff. Der Eingriff ist sicher dann indiziert im Sinne dieser Arbeit, wenn insbesondere medizinische Gründe für den Abbruch sprechen. Solche Gründe liegen in der Gefährdung des Lebens und möglicherweise auch der Gesundheit der Mutter, z.B. bei einer Extrauterinschwangerschaft.
Die Abwägung verlangt allerdings strenge Maßstäbe, da der Preis für den Abbruch das Leben des nasciturus ist.
Als Lebensgefahr für die Mutter kommt nach allgemeiner Ansicht auch Selbstmordgefahr in Frage, nämlich dann, wenn die seeliche Belastung der Mutter durch die Schwangerschaft so groß ist, daß diese Gefahr konkret besteht.

Keine Indikation ist aber die normale Schwangerschaft, da man diesen Zustand nicht als Krankheit qualifizieren kann. Alle anderen Gründe für einen Abbruch sind nicht ärztlich indiziert im hier vertretenen Sinne, wie z.B. die eugenische, denn sie stellt in keinem Fall eine Behandlung der Mutter dar. Bezüglich des nasciturus fällt die aktive Tötung ohnehin nicht unter den Begriff der Heilbehandlung.
Ähnlich verhält es sich mit der kriminologischen Indikation, die allenfalls durch die seelische Belastung der Mutter zu einer medizinischen Indikation führen kann.
Auch die soziale oder Notlagenindikation kann nur indirekt über eine medizinische Indikation einen Heileingriff erfordern.
Anläßlich der Verabschiedung der Berufsordnung hat der 79. Deutsche Ärztetag in § 5 zum Schwangerschaftsabbruch u.a. beschlossen: "Der Schwangerschaftsabbruch unterliegt den gesetzlichen Bestimmungen." (15)

2.3.2.2. Die Sterilisation

Für die Sterilisation, d.h. die Unfruchtbarmachung eines Menschen durch chirurgischen Eingriff, der Samen- oder Eileiter unterbricht oder sonst funktionsuntüchtig macht, gelten ähnliche Überlegungen wie oben: Sie ist indiziert, wie auch § 14 ErbGesG i.d.F. v. 26.6.1935 (16) formuliert, wenn der Eingriff "zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit" erforderlich ist. Nach SCHMIDT-MATTHIESEN (17) liegt ein derartiger Fall z.B. bei einer Frau dann vor, wenn bereits zwei Kaiserschnitte erfolgt waren, bei sonstigen schweren irreversiblen Erkrankungen, genetischer Belastung eines Partners bei erwiesener Auswirkung.
Bei der Frage der Sterilisation ist die Berufsordnung in § 6 deutlicher geworden als beim Schwangerschaftsabbruch: "Sterilisationen sind aus medizinischen, genetischen oder sozialen Gründen zulässig." (15), wohl deshalb, weil es sich bei dem einen Eingriff um die Verhütung der Entstehung von Leben, bei dem anderen um die Vernichtung von Leben handelt.

2.3.2.3. Die Kontrazeption

Die Verhinderung einer Schwangerschaft durch orale Kontrazeptiva allein fällt noch nicht unter die o.g. Indikationen. Erst beim therapeutischen Einsatz von Ovulationshemmern, z.B. bei funktioneller Sterilität, Hypoplasie des Uterus, funktioneller Dysmenorrhoe, Hirsutismus und Akne, Hypermenorrhoe (18) läßt sich von einem Heileingriff sprechen.

2.3.2.4. Die künstliche Insemination

In den Kreis der nur teilweise indizierten ärztlichen Heileingriffe gehört auch die künstliche Insemination. Hierbei ist nach allgemeiner Meinung lediglich die homologe Insemination mit dem Sperma des Ehemannes indiziert, wenn der Ehemann aus psychischen oder anatomischen Gründen zu keiner normalen Kohabitation bzw. Ejakulation fähig ist, z.B. bei Oligo-, Asthenozoospermie bzw. erniedrigtem Fruktosegehalt des Spermas sowie bei Strikturen und kongenitalen Mißbildungen der Frau.

2.3.2.5. Die Geschlechtsumwandlung

Bezüglich der Frage der Geschlechtsumwandlung bei Transsexualität erkennt der BGH (19) an, daß es eine Erkenntnis der medizinischen Wissenschaft ist, daß es keine eindeutigen und sicheren Kriterien für die Geschlechtsbestimmung eines Menschen gibt und daß neben körperlichen auch psychische Merkmale geschlechtsrelevant sind.
Einen Schritt weiter geht EBERLE (19) bei der Besprechung des Urteils, wenn er darauf hinweist, daß sich Menschen nach vollzogener Umwandlungsoperation und rechtlicher Anerkennung ihres nunmehrigen Status fast immer ohne Probleme in das Sozialgefüge einordnen.

2.3.2.6. Die kosmetische Operation

Auch Operationen zu kosmetischen Zwecken sind nur unter bestimmten Voraussetzungen in dem hier vertretenen Sinne als ärztliche Heileingriffe zu bezeichnen.
SCHMIDT (20) mißt kosmetischen Operationen keine objektive Heiltendenz bei. Dies läßt sich aber so pauschal nicht sagen. Denn z.B. bei Schieloperationen, Korrekturen von Rückgratverkrümmungen, Lippen-Kiefer-Gaumen-Spalten usw. handelt es sich teils um die Herstellung von körperlichen Funktionen, teils um die Verhütung von Verschlimmerungen, teils um die Beseitigung massiver seelischer Belastungen, die auch zu körperlichen Beschwerden führen können, wie z.B. im Falle der Mammaplastik nach durchgeführter Karzinombeseitigung.

2.3.2.7. Die Sterbehilfe

Die Frage der Sterbehilfe in diesem Zusammenhang ist äußerst umstritten.
Dabei ist zunächst einmal zu unterscheiden: Sterbehilfe ohne Lebensverkürzung, Sterbenlassen ohne Lebensverlängerung, indirekte Euthanasie mit Lebensverkürzung als Nebenwirkung und direkte oder eigentliche Euthanasie mit gezielter Lebensverkürzung.
Ausgangspunkt für die Lösung ist neben dem Heilauftrag des Arztes das Recht auf den Tod, das jedem Patienten zusteht. Daneben steht das absolute Tötungsverbot für den Arzt. Ärztlicher Heileingriff kann daher nur die Sterbehilfe ohne Lebensverkürzung bzw. durch Sterbenlassen im Sinne eines palliativen Eingriffs sein. Ebenso ohne Zweifel ist der Eingriff mit gezielter Lebensverkürzung kein indizierter Heileingriff.
Umstritten ist allerdings die indirekte Euthanasie, die das Risiko

nicht beabsichtigter Lebensverkürzung beinhaltet (21). Die Antwort auf die Frage, wo hier der Ärztliche Heileingriff aufhört und die Tötung bzw. die Beihilfe zum Selbstmord anfängt, läßt sich nur im Einzelfall geben. Dabei liegt sie letztendlich auch im Verfügungsbereich des Patienten, denn der Arzt kann sich z.B. hinsichtlich der Schmerzen auf die Angaben des Patienten verlassen, sofern nicht der Patient wegen seines Zustandes äußerungsunfähig ist.
Nach BOCKELMANN ist die Frage uneingeschränkt zu verneinen, "ob dem Arzt etwa gar erlaubt ist, das Leben eines Todgeweihten durch aktives Eingreifen (z.B. durch eine überdosierte Morphiuminjektion) zu verkürzen, wenn er ihm dadurch schwere Leiden ersparen kann [... Aber] Wo keine Rettung möglich ist, Leidminderung aber dringend geboten ist, handelt der Arzt, der schmerzstillende Mittel zu geben wagt, im Rechtssinne nicht mit Tötungsvorsatz." (22)

2.3.2.8. Die Anabolikatherapie

Ein weiteres Randgebiet stellt die zeitweise heftig diskutierte Verordnung von Anabolika für Sportler dar. Zwar gibt es die ärztlich indizierte Verordnung, z.B. bei relativem oder absolutem Eiweißmangel, wenn die Diät allein nicht zum Erfolg führt, oder anorexia nervosa, iatrogenem Hypercorticismus, kachektischen Zuständen bei chronischen Infektionskrankheiten und Tumoren, Osteoporose, usw. (23)
Keine ärztliche Indikation ist aber die Vermehrung der Muskelmasse zum Zweck des Leistungssports.

2.3.3. Der medizinisch nicht indizierte Eingriff

Ärztlich nicht indizierte, aber meist vom Arzt durchgeführte

Eingriffe stellen die Humanexperimente, die Blutentnahme nach § 81 a StPO sowie die Organexplantation dar.

2.3.3.1. Das Humanexperiment

Für die klinische Erprobung von Medikamenten hat der Gesetzgeber in §§ 40 ff. Arzneimittelgesetz v. 1976 (24) eine gesetzliche Regelung geschaffen, die dazu dient, den Probanden zu schützen. Dies gilt insbesondere beim Versuch am minderjährigen (§ 40 Abs. 4 AMG) und am kranken Patienten (§ 41 AMG).
Man muß das klinische Experiment vom Heilversuch trennen; letzterer ist von einem konkreten therapeutischen Zweck getragen, während bei ersterem ein allgemeines wissenschaftliches Interesse im Vordergrund steht. "So scheiden in ihrer Selbstbestimmungs- oder Geschäftsfähigkeit Beschränkte als Probanden aus, während der Heilversuch auch bei einwilligungsunfähigen Patienten in Betracht kommen kann." (25)

2.3.3.2. Die Blutentnahme nach § 81 a StPO

Nicht aus medizinischen, wohl aber aus forensischen Gründen kann die Venenpunktion mit Blutentnahme zur Bestimmung der Blutalkoholkonzentration indiziert sein, denn diese Diagnose dient nicht der Vorbereitung einer Heilmaßnahme, sondern eher der Vorbereitung eines Strafverfahrens.

2.3.3.3. Die Organexplantation

Gemeint ist hier der Fall des normalerweise gesunden Lebendspenders, für den die Organentnahme nie ein Heileingriff ist.
In der Praxis ist dies nur bedeutsam für Spender von Niere oder

Knochenmark. Dabei hat sich die für die Einwilligung notwendige Aufklärung (s.u. 2.5.2.1.) nicht nur auf den Zustand des Spenders, sondern auch auf die Aussichten des Empfängers zu beziehen (26).

2.4. Der kunstgerecht durchgeführte Eingriff

Zur unverzichtbaren Voraussetzung der Definition des Ärztlichen Heileingriffs gehört die Art der Durchführung, nämlich nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der ärztlichen Heilkunde unter Einhaltung wissenschaftlich-technischer und ethischer Grundsätze. Fehlen diese Voraussetzungen, liegen aber alle anderen bisher genannten für einen Heileingriff vor, so sprechen wir von einem Behandlungsfehler.
Behandlungsfehler - früher als Kunstfehler bezeichnet - ist nach Meinung der Rechtsprechung jeder nachweisliche Verstoß gegen die allgemein anerkannten Grundsätze der ärztlichen Wissenschaft (27), wogegen die Lehrmeinung jeden bei der Arbeit am Patienten unterlaufenen Fehler hierzu zählt (28).

Maßstab für die Beurteilung der Durch- bzw. Ausführung sind die Erkenntnisse und Erfahrungen der ärztlichen Wissenschaft in ihrem jeweiligen Stand (29).
Steht für die Behandlung einer bestimmten Gesundheitsstörung nur eine einzige Möglichkeit zur Verfügung, so wird der durchführende Behandler sich zumindest bezüglich der Wahl der Behandlungsmethode nicht dem Vorwurf des Behandlungsfehlers aussetzen. Wie aber soll behandelt werden, wenn mehrere Arten der Durchführung des Eingriffs oder verschiedenartige Eingriffe angeboten sind?
In zwei Entscheidungen v. 8.7.1930 (30) und v. 1.12.1931 (31) hat das RG aus der "Kurierfreiheit" den Satz hergeleitet, daß der

Arzt nicht verpflichtet ist, sich bei der Auswahl der diagnostischen und therapeutischen Mittel nach den "allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft [zu richten. Diese] genießen grundsätzlich keine Vorzugsstellung vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außenseiter oder nichtärztlicher Heilbehandler". (32)
Allerdings wird dies vom RG insoweit eingeschränkt, als sachliche Gründe für eine Abweichung vorliegen müssen.
Insofern gehen die Gerichte doch wieder vom Vorrang der Schulmedizin aus. Sie fordern vom Außenseiter, daß er dann, wenn sich im konkreten Fall seine Therapie als unwirksam erweist, den Patienten der Behandlung nach den anerkannten Methoden überantwortet, unabhängig davon, wie er selbst seine Chancen beurteilt. So hat sich vor allem der BGH (33) im sog. Isselsfall über die Voraussetzungen, unter denen die Anwendung von ärztlichen Außenseitermethoden als Behandlungsfehler anzusehen sind, geäußert: Hängt die Entscheidung zwischen einer modernen Therapiemethode und der herkömmlichen Operation und Bestrahlung davon ab, daß "der Vergleich der Erfolgsaussichten der Behandlungsweise ergab, daß gegenüber den vorliegenden Krankheitsfällen die Operation und die Bestrahlungsbehandlung als die weitaus wirksamste Behandlungsweise zu gelten hatte, der gegenüber diejenige des Angeklagten weit zurücktrat", so darf sich der Arzt, der die erstere praktiziert, dem nicht verschließen.
In einem obiter dictum hat sich der BGH im gleichen Urteil zu der Frage geäußert, auf welchen Zeitpunkt dieser Vergleich abzustellen ist: Zwar sei die Frage, welche Therapiemethode die wirksamste sei, grundsätzlich nach dem Zeitpunkt der Tat bzw. Unterlassung zu beurteilen, zugunsten des Angeklagten müßten aber auch neuere Erkenntnisse berücksichtigt werden. (33)
Der Arzt wird aber erst dann verantwortlich gemacht, wenn feststeht, daß die Anwendung der anerkannten Methoden auch erfolgreich gewesen wäre. Darüberhinaus kann eine Bestrafung

erst in Betracht kommen, wenn den durchführenden Arzt ein individueller Schuldvorwurf trifft. Insofern spielt die Frage der Fahrlässigkeit, des Verschuldens schon hier herein, nämlich bei der Auswahl der richtigen medizinischen Methode.

2.5. Der mit Einwilligung versehene Eingriff

2.5.1. Der Gegenstand, die Rechtsnatur und die Notwendigkeit der Einwilligung

Unverzichtbar, wenn auch nicht in jedem Falle unumstritten ist das Vorliegen der Einwilligung des Patienten zur Durchführung des Ärztlichen Heileingriffs. Diese Einwilligung gehört zwar nicht notwendigerweise zur Definition, wird aber von nahezu allen unterschiedlichen Standpunkten aus als Rechtmäßigkeitsvoraussetzung gefordert.
Hier sei zunächst BELING aus dem Jahre 1924 zitiert, der meint, die Frage der Einwilligung oder Nichteinwilligung des Betroffenen werde nur bei der Rechtswidrigkeit einer Gesetzesverletzung, z.B. der Körperverletzung, bedeutsam. "Eine Handlung, die keine Körperverletzung ist, wird nicht dadurch eine solche, daß der Betroffene gegen sie protestiert; und eine Handlung, die Körperverletzung ist, hört nicht dadurch auf, dies zu sein, daß der Betroffene mit ihr einverstanden ist." (34)

Nach GEILEN sind das eigentliche Fundament der Rechtfertigung Notwendigkeit und Heilungstendenz des Eingriffs. "Sie [die Einwilligung] ist nicht Rechtmäßigkeitsfundament, sondern Rechtmäßigkeitsschranke. Niemand kann [...] über die Körperintegrität nach Willkür verfügen." (35)

"In diese Richtung weist auch § 226 a StGB, indem dort die Einwilligung nicht allein zur Rechtfertigung einer Körperverletzung genügt, vielmehr das Handeln mit Einwilligung immer noch unter den Maßstab der "guten Sitten" gestellt wird." (36)
SCHMIDT (37) wirft die Frage auf, ob sich die Einwilligung auf die Handlung oder auf den Erfolg beziehen müsse. Beim Ärztlichen Heileingriff ist aber ein bestimmter Erfolg nur in Grenzen vorhersehbar, eine dezidierte Aussage nur über die Chancen und Gefahren möglich.
Daneben vertritt BOCKELMANN die Meinung, daß die Einwilligung nur den kunstgerechten Eingriff und auch nur den Arzt, dem sie erteilt ist, deckt. Gegenstand der Einwilligung ist nach seiner Meinung nicht der erfolgreiche, sondern nur der sachgemäße Eingriff (38).

Hier ist auf einen Streitpunkt zwischen Rechtsprechung und Literatur hinzuweisen: Die Rechtsprechung sieht die Einwilligung als den tragenden Grund für die Rechtmäßigkeit des ärztlichen Eingriffs an. Die letzte Entscheidung über die Durchführung des Eingriffs muß immer beim Patienten selbst liegen, denn grundsätzlich ist niemand verpflichtet, gesund zu sein oder gesund zu werden. Jeder Patient darf nach dem BGH (39) selbst einen solchen Eingriff ablehnen, der Befreiung von einem lebensbedrohenden Leiden verspricht.
Die Literatur neigt eher dazu, diesen tragenden Grund im Heilzweck des Eingriffs zu sehen, den Willen des Patienten nur als Rechtmäßigkeitsschranke zu betrachten mit der Maßgabe, daß dieser Wille nicht mißachtet werden darf (40).

Zur Rechtsnatur der Einwilligung läßt sich zunächst sagen, daß sie kein Rechtsgeschäft im Sinne des bürgerlichen Rechts ist, aber ein rechtlich erhebliches Verhalten, das in der Verfügung über das höchstpersönliche Rechtsgut der Unantastbarkeit des Leibes besteht (41).

Nicht nur akademisch ist die Frage, ob die Einwilligung im Sinne einer Willensrichtung oder einer Willenserklärung zu deuten ist; denn im ersteren Falle genügt es, daß der Wille des Patienten nicht ausdrücklich erklärt wird, sondern auch den Umständen zu entnehmen ist. Dies kann jedoch leicht dazu führen, daß der Verzicht auf die Einwilligung um so leichter fällt. Daher ist im Interesse der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zu befürworten, die Frage in Richtung Willenserklärung zu lösen.

Der Willenserklärungstheorie von SCHMIDT (42) schließt sich auch ENGISCH an, ebenso § 162 Abs. 1 des Alternativentwurfs 62 zum StGB: "Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff [...] vornimmt [...]." (14)

Nach den erläuternden Hinweisen zu § 162 AE 62 ist es Zweck der Vorschrift, das in Art. 2 Abs. 2 GG gewährleistete Selbstbestimmungsrecht strafrechtlich zu sichern. Die Konsequenz der Leugnung des Selbstbestimmungsrechts liefe auf eine Bejahung eines Zwangsbehandlungsrechts hinaus.

Ebenso argumentiert der BGH in dem bekannten Myom-Fall: "Zwar ist es sein [des Arztes] vornehmstes Recht und seine wesentlichste Pflicht, den kranken Menschen nach Möglichkeit von seinem Leiden zu heilen. Dieses Recht und diese Pflicht finden aber in dem grundsätzlichen freien Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper ihre Grenze [...] denn selbst ein lebensgefährlich Kranker kann triftige und sowohl menschlich wie sittlich achtenswerte Gründe haben, eine Operation abzulehnen, auch wenn er durch sie und nur durch sie von seinem Leiden befreit werden könnte." (44)

Das bedeutet, der Kranke kann medizinische Maßnahmen zurückweisen und der Arzt muß das Veto des Patienten selbst bei grober Unvernunft respektieren, nachdem er vergeblich versucht hat, Einsicht in das Notwendige zu wecken (45).

Hier wird allerdings schon die Grenze zum Problem der Stellung des Arztes zum Selbstmord erreicht, wozu der BGH angelegent-

lich des § 323 c StGB ausgeführt hat, daß "niemand selbstherrlich über sein eigenes Leben verfügen und sich den Tod geben darf." (46)

2.5.2. Die Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Einwilligung

Der Patient kann seine Einwilligung erst dann wirksam abgeben, wenn er über Art und Folgen des Eingriffs genügend aufgeklärt wurde. Zu den Voraussetzungen für die Wirksamkeit der Einwilligung gehören neben der Aufklärung auch das Fehlen von Willensmängeln, daß sie sich nach außen manifestiert, nicht sittenwidrig und nicht widerrufen ist. Bei fehlender Aufklärung kann keine wirksame Einwilligung vorliegen und wenn der Arzt vom Fehlen einer wirksamen Einwilligung weiß, ist er nach der Rechtsprechung wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafbar (47).

2.5.2.1. Die vorherige Aufklärung des Patienten

Der Rat des Hippokrates, vor dem Kranken während der Behandlung das meiste zu verbergen und ihm nichts von dem, was kommen wird und ihn bedroht, zu verraten, kann nicht mehr befolgt werden (48). Denn es ist davon auszugehen, "daß nach der Rechtsordnung im allgemeinen jeder der berufene Interessenwalter hinsichtlich seines Daseins-, seines Körper-, und seines Freiheitsinteresses ist." (49) Diese Meinung stützt sich auf Art.2 Abs. 2 GG, wobei das Recht auf körperliche Unversehrtheit und Freiheit auch das Selbstbestimmungsrecht des Patienten umfaßt (50); damit hat sich gegenüber dem früher geltenden "salus aegroti suprema lex" ein Wandel vollzogen zum nunmehr kaum noch umstrittenen "voluntas aegroti suprema lex".

Indem die Rechtsordnung die Einwilligung des Patienten fordert, gibt sie ihm die Möglichkeit einer Interessenabwägung in die Hand. Dabei handelt es sich nicht nur um die Berücksichtigung der Einwilligung neben der aus objektiver Interessenabwägung gebotenen Behandlung, sondern darum, daß dem Patienten tatsächlich ein Stichentscheid zusteht. Daher kann der Kranke nach dem RG "der Anwendung jedes einzelnen Heilmittels, seien es innerlich wirkende Medikamente, seien es äußere operative Eingriffe, rechtswirksam Weigerung entgegensetzen." (51)
Ausnahmen gibt es lediglich unter dem Gesichtspunkt eines überragenden öffentlichen Belanges (52).

Es gibt jedoch auch Stimmen, die eine Aufklärungspflicht des Arztes grundsätzlich verneinen, bzw. auf den Rang einer lästigen Formalie abstufen wollen. Danach hat der Arzt lediglich die Pflicht zur "Feststellung des Befundes; Ermittlung der durch den Befund indizierten Maßnahme, d.h. des gebotenen Eingriffs; Beratung des Patienten und Einholung seiner Einwilligung; Durchführung des Eingriffs." Wobei "der Arzt [also] die Pflicht [hat], das von dem Patienten nach seiner Beratung etwa geäußerte "Nein" durch überzeugende weitere Beratung zu beseitigen." (53)(54)
Bezüglich der Risiken des Eingriffs soll der Arzt nach dieser Meinung den Patienten auf die einschlägige ärztliche Literatur verweisen bzw. ihn ggfs. einen zweiten Arzt konsultieren lassen.
Dem ist mit BOCKELMANN entgegenzuhalten: "Es ist aber gerade der Sinn des Einwilligungserfordernisses, die Rücksicht auf den Willen des Patienten der Rücksicht auf sein körperliches Wohl vorzuordnen." (55) Das bedeutet auch, daß der Arzt den Kranken nicht durch gezielte, auswählende Information zu einer ihm, dem Arzt richtig erscheinenden Entscheidung bestimmt.
Dabei geht es nicht nur um die Entscheidung über Leben und Tod, sondern z.B. um die Berufsfähigkeit des Patienten, wie z.B.

bei einer erwogenen Beinamputation bei einem Tänzer oder einer Fingeramputation bei einem Musiker.
Wie bereits oben gezeigt, müssen die Ablehnungsgründe nicht unbedingt nachvollziehbar sein (44), sondern auch bei vorliegender oder vermeintlicher Unvernunft respektiert werden (45).

Nach der Ansicht von HALLERMANN ist eine Aufklärung nur "nötig, wenn durch die Aufklärung, die nur der Arzt geben kann, der Patient in die Lage versetzt wird, seinen Gesundheitszustand besser zu verstehen, die Gefahren zu erkennen, die ihm drohen, wenn er nicht "vernünftiger" lebt." (56)
Hiernach darf auch das Ausmaß der Aufklärung nicht als Grundlage richterlicher Entscheidungen dienen, denn "der Arzt muß - wie die Praktiker meinen - auch heute noch in fast 90 % aller Fälle die Entscheidung treffen." (57)
In diese Richtung geht auch teilweise die nicht ganz einheitliche Rechtsprechung des BGH (58). In dem hier entschiedenen Fall hatte der beklagte Arzt der klagenden Patientin bei bestehender Tuberkulose des 7. und 8. Brustwirbels mit Abszeßbildung zur Operation geraten, die er auf Frage als nicht gefährlicher als eine Blinddarmoperation bezeichnete, die aber dann zur Querschnittslähmung der Patientin führte. Hier durfte nach dem BGH eine ausdrückliche Erwähnung der Querschnittslähmung als Operationsrisiko entbehrlich erscheinen, da bei der Schwere des Grundleidens gerade der plötzliche Eintritt der Querschnittslähmung als dessen spezifische Gefahr benannt worden war, und die Patientin ihre Entscheidung als verständiger Mensch nicht noch von weiteren Einzelheiten abhängig machen wollte, die vom Arzt zu erfragen ihr natürlich freigestanden hätten.
Hier verkennt der BGH, wie umfangreich eine Aufklärung sein muß, damit der Patient zu einer wirksamen Einwilligung kommt, vielmehr versucht er, dieses Problem über eine teilweise fingierte Einwilligung zu lösen.

In einem früheren Urteil stellt der BGH fest: "Schließlich kann es für die Frage, ob ein vernünftiger Patient die Gefahr einer Komplikation in Kauf nehmen würde, auch sehr von Bedeutung sein, welche Nachteile sich aus einer etwaigen Schädigung für sein Leben und Fortkommen ergeben und wie schwer das Operationsrisiko im Verhältnis zu den Folgen wiegt, die für den Patienten im weiteren Ablauf seiner Erkrankung zu erwarten wären, wenn die Operation unterbliebe." (59)

So stellt sich hier zunächst die Frage nach dem Umfang der Aufklärung.
Ihre Beantwortung richtet sich nach den Bedürfnissen des Einzelfalles. So kann die Aufklärung evtl. nur über einen Teil verlangt werden, z.B. nur über den Befund, wenn der Patient den Entschluß zur Übernahme einer Stellung, zur Eingehung der Ehe davon abhängig machen will, daß er ganz gesund ist, oder die Ansteckung dritter Personen vermeiden will.
In den allermeisten Fällen wird aber die Aufklärung den Befund, den Eingriff selbst und seine Risiken sowie die Folgen seiner Unterlassung beinhalten müssen, zusätzlich die vom Patienten ausdrücklich als aufklärungsbedürftig angesehenen Zusammenhänge. Letztere gehören nach dem BGH auch dann in die Aufklärung, wenn sie üblicherweise nicht von der Aufklärungspflicht umfaßt werden (60).
In die Aufklärung gehört zunächst einmal die Mitteilung des Befundes (61). Lediglich in Ausnahmefällen soll sie entbehrlich sein, z.B. in besonderen Fällen der Krebsdiagnose. Hierbei hat aber gerade das RG mehrfach darauf hingewiesen, daß der Arzt "auch bei schweren Erkrankungen wie Krebs zur vollen, wahrheitsgemäßen Aufklärung" verpflichtet sei (62).
Andererseits hält ein Teil des Schrifttums die Aufklärung über den Befund nur in Ausnahmefällen für erforderlich (63).

Dem kann aber nicht gefolgt werden, da der Befund für die Wahl des Eingriffs normalerweise von größter, wenn nicht sogar von entscheidender Bedeutung ist, da sich hierauf meist der Zweck des vorgesehenen Eingriffs gründet.
Eine Ausnahme ist nur dann zu machen, wenn die Bekanntgabe des Befundes zu einer ernsten und nicht behebbaren Gesundheitsschädigung führen würde; gedacht ist hierbei vor allem an psychisch labile Patienten mit z.B. einer Krebsdiagnose.

Natürlich hat der Arzt auch über die Art der vorgesehenen Maßnahme aufzuklären. Dazu gehört u.a. die Frage, welchen Zwecken (Diagnose, Therapie, usw.) der Eingriff dienen soll. Dabei ist der Arzt auch verpflichtet, auf die relevante Möglichkeit einer anderen Behandlungsart hinzuweisen, z.B. wenn in der Anästhesie statt einer Allgemeinnarkose auch eine Regionalanästhesie möglich ist.
Außerdem hat er, "wenn gewichtige Stimmen in der medizinischen Literatur unwiderlegt darauf hinweisen, daß eine hergebrachte Operationsmethode unter den gegebenen Umständen zu schwerem Schaden führen muß, den Patienten hierüber aufzuklären, sofern er sich über diese Bedenken hinwegsetzen will." (64) Da die Entscheidung über eine umstrittene Behandlungsmethode dem Patienten nicht vorenthalten werden darf, wenn sie durch die Einwilligung gedeckt sein soll, auch wenn sich die Behandlung aus späterer Sicht als im Ansatz verfehlt erweisen sollte, kommt es hier nach dem BGH zu einer Wechselbeziehung zwischen dem Vorwurf eines Behandlungsfehlers und demjenigen einer versäumten Aufklärung.

Der Arzt hat darüberhinaus auch über das Verhalten des Patienten nach dem Eingriff aufzuklären, z.B. daß Narkosemittel, auch solche zur örtlichen Betäubung, noch Stunden nach dem Absetzen die Leistungsfähigkeit und Verkehrstüchtigkeit beträchtlich mindern können.

In einem weiteren Beispiel betont der BGH (65) eine besondere Aufklärungspflicht für den Fall, daß sich der Patient während der medikamentösen Behandlung nicht unter der Obhut des Arztes befindet; hier darf sich der Arzt nicht unbedingt darauf verlassen, daß der Patient die dem Medikament beigefügte Gebrauchsanweisung studiert und beachtet: Der beklagte Arzt verordnete sog. Fowlersche Lösung, ein arsenhaltiges Mittel zur Warzenbekämpfung. Durch falsche Einnahme kam es bei der 15-jährigen Patientin zu einer Arsenvergiftung. Dabei reichte es für den BGH nicht aus, daß der Arzt vor Beginn der Behandlung gesagt haben soll: "Wenn Sie merken, daß Sie die Tropfen nicht vertragen, hören Sie sofort mit der Einnahme auf und setzen Sie sich mit mir in Verbindung." (65) Damit hat der Arzt die Diagnose weitgehend der Patientin überlassen. Er sei verpflichtet gewesen, die Patientin über mögliche Unverträglichkeitserscheinungen selbst zu befragen und sie gegebenenfalls zu untersuchen. Dies um so mehr, als das Rezept ohne Sperrvermerk oder Kenntnis der an Apotheken erlaubten Ausgabemenge ausgestellt wurde. Außerdem war eine Unterrichtung der Eltern zur Sicherung der erst 15-jährigen Patientin erforderlich und geboten bei einer Therapie, die eine genaue Einhaltung der Einzel- und Tagesmengen wegen des Giftcharakters des Medikaments erforderte.
Fazit des BGH: "Verschreibt der Arzt seinem (hier: 15-jährigen) Patienten ein in der Anwendung nicht ungefährliches Arzneimittel, so muß er ihn darüber aufklären, und durch geeignete Maßnahmen, gegebenenfalls durch ärztliche Überwachung, die nicht gefährdende Anwendung sicherstellen." (65)

Um dem Patienten zu einer möglichst fundierten Einwilligungserklärung zu verhelfen, darf die Aufklärung über die Folgen des beabsichtigten Eingriffs nicht fehlen. Dabei reicht es sicher nicht aus, wenn der Arzt einen ganz allgemein gehaltenen Hinweis auf die Selbstverständlichkeit gibt, daß jede Operation oder jeder sonstige Eingriff mit Gefahren verbunden sei. Andererseits

ist es unmöglich, vom Arzt eine Aufklärung über jede auch noch so entfernte Möglichkeit einer Komplikation zu verlangen. Das RG sah die Grenze der Pflicht des Arztes, den Patienten vor der Operation über deren mögliche Folgen zu belehren, da, "wo es sich um Schädigung handelt, mit deren Eintritt der Arzt nicht zu rechnen braucht." (66)
Das war natürlich viel zu unbestimmt und untauglich, dem Arzt für seine Tätigkeit brauchbare Kriterien zu liefern. Um diese Kriterien bemüht sich die Rechtsprechung noch immer.
Als sicherlich notwendig kann die Aufklärung über häufige und typische Nebenfolgen angesehen werden, die mit der Behandlung verbunden zu sein pflegen und mit deren Eintritt nach dem Stande der ärztlichen Erfahrung und Wissenschaft gerechnet werden muß (67).
Dabei ist das Wort typisch zu verstehen im Sinne von statistisch bemessen sowie im Sinne der Eigentümlichkeit der möglichen Folge. Es steht nämlich nicht das Zahlenverhältnis zwischen Komplikationsdichte und ärztlicher Hinweispflicht im Vordergrund, sondern "das Gewicht, das mögliche, nicht ganz außerhalb der Wahrscheinlichkeit liegende Risiken für den Entschluß des Patienten haben können, seine Einwilligung in die Operation zu erteilen." (68)
Eine Ausnahme soll nur dann gelten, wenn sich bestimmte Risiken nur in äußerst seltenen Fällen verwirklichen und anzunehmen ist, daß sie für den Entschluß eines verständigen Menschen nicht ernsthaft ins Gewicht fallen.

Der BGH schätzt die Aufklärung und damit die Einwilligung so hoch ein, daß er fordert, "der Arzt, der während der Operation auf ein erhöhtes Operationsrisiko stößt, muß den Eingriff abbrechen, wenn er für seine Fortsetzung nunmehr mangels Aufklärung darüber keine wirksame Einwilligung des Patienten hat und die Operation ohne dessen Gefährdung unterbrochen oder abgebrochen werden kann, um die Einwilligung einzuholen." (69)

In dem hier entschiedenen Fall ließ sich ein Patient wegen Verdachts einer Otosklerose auf seinem rechten Ohr in einer HNO-Klinik behandeln. Nach Einwilligung nach vorheriger Aufklärung - allerdings nicht über besondere Operationsrisiken - führte der beklagte Arzt die Operation (Tympanotomie und Tympanoplastik) in örtlicher Betäubung durch. Dabei durchtrennte er eine Abzweigung des - entgegen seiner üblichen vollständigen Einbettung in seinem knöchernen Kanal außerhalb des Operationsgebietes - teilweise im Bindegewebe verlaufenden nervus facialis.
Dem Arzt wird hier angelastet, er habe nach Ablösung des Trommelfells und Erkennen der derben Bindegewebsplatte den Eingriff nicht abgebrochen, den Kläger über den Fortgang der Operation und die dabei unter Umständen auftretenden Risiken nicht aufgeklärt und dessen Einwilligung für einen Fortgang der Operation nicht eingeholt, obwohl er "den Teil einer angeborenen Mittelohrmißbildung gesehen hatte und deshalb mit der ernsthaften Möglichkeit eines ungewöhnlichen Verlaufes des Gesichtsnerven hatte rechnen müssen, was bei etwa 10 % der sog. "kleinen Mittelohrmißbildungen" der Fall sei." (69)
Die Fortsetzung der Operation war zudem nicht vital indiziert.
Nach dem sog. Myom-Urteil (70) hätte der Arzt die Operation nur dann nicht abzubrechen brauchen, wenn dieser Abbruch den Patienten mindestens ebenso gefährdet hätte, wie das Risiko, das in der Fortsetzung des Eingriffs lag.

Ein Absehen von der an sich gebotenen Folgenaufklärung ist nach der Rechtsprechung möglich, wenn die Offenlegung Schäden an der Gesundheit zur Folge haben oder den Heilerfolg ernstlich gefährden würde.
Nach einem Urteil des RG aus dem Jahre 1932 hat der Kranke - wie bereits erwähnt - auch bei schweren Erkrankungen, wie

z.B. Krebs "das Interesse und Anspruch, von dem Heilbehandler, dem er sich anvertraut, wahrheitsgemäß über die Natur des Leidens unterrichtet zu werden." (71)
Deutlicher noch drückt diesen Gedanken das RG im Jahre 1940 aus, denn soweit sich die mit der Einholung der Einwilligung verbundene Aufklärung auf die Stimmung oder gar das Allgemeinbefinden des Patienten nachteilig auswirkt, handelt es sich um "unvermeidliche Nachteile, die in Kauf genommen werden müssen." (72)
Diese Haltung hat auch der BGH in seinem Strahlenurteil übernommen: "Auch bei Krebserkrankungen ist der Arzt in der Regel nicht davon befreit, den Patienten über die besonderen Gefahren einer Strahlenbehandlung aufzuklären." (73)

Zwar muß die Aufklärung dem Patienten Wesen, Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung jedenfalls in den Grundzügen erkennen lassen und ihn in die Lage versetzen, das Für und Wider des Eingriffs abschätzen zu können (74), sie braucht aber nicht so weit zu gehen, wie es nötig wäre, um den Kranken zu einer in jeder Beziehung medizinisch richtigen Beurteilung seiner Lage zu befähigen. Die erforderliche Intensität hängt von der konkreten Sachlage ab. "Der Umfang der Aufklärungspflicht richtet sich in jedem einzelnen Falle nach den besonderen Umständen, wie z.B. nach der Persönlichkeit und dem Krankheitszustand des Patienten, nach dem Zweck und der Dringlichkeit der Operation." (75)
Die Aufklärung hat damit um so intensiver zu sein, je mehr von dem Eingriff abhängt und je weniger dringlich der Eingriff ist. Gleichzeitig sind aber auch je nach Einzelfall die psychische Situation und das Alter des Patienten zu beachten, ebenso die Chancen zur Heilung.

Die Pflicht zur Aufklärung kann sich mindern bzw. ganz wegfallen in dem Maße, soweit der Patient Bescheid weiß, weil er z.B. selbst Arzt oder schon einschlägig oder umfassend beraten ist, oder bei einem "intelligenten und aufgeschlossenen Patienten, der wegen einschlägigen Leidens schon mehrere Fachärzte konsultiert hat." (76). Als Maßstab läßt sich nach BOCKELMANN das Aufklärungsbedürfnis des "verständigen" Patienten nehmen (77).
Dabei stellt der BGH für häufige und daher der Allgemeinheit besonders vertraute Operationen wie z.B. die Appendektomie nicht so hohe Anforderungen an die Aufklärungspflicht: "Vielmehr sind Einzelhinweise gegenüber einem Patienten, dem das allgemeine Risiko nicht verborgen ist, nur erforderlich, soweit sich Komplikationen in eine Richtung entwickeln können, die für ihn als Laien überraschend sein muß, und auch da, wo sie zu Ausfällen führen können, die in dessen besonderen Lebensverhältnissen erkennbar besonders schwerwiegend wären." (78)

Die Aufklärung darf sich zudem auf das Wesentliche beschränken, wenn sie in einer für den Patienten bedrohlichen Notlage gegeben werden muß. Nach dem BGH braucht der Arzt hier "mit der Einwilligung nicht viel Umstände zu machen." (79). Maßgebend bleiben aber immer die Umstände des Einzelfalles.

Weiter mindert sich die Aufklärungspflicht in dem Maße, wie der Patient ausdrücklich auf sie verzichtet, die Entscheidung ganz oder zum Teil in die Sachkenntnis des Arztes legen will.

Weiter erhebt sich die Frage, durch wen aufgeklärt werden kann und muß, und zu welchem Zeitpunkt die Auflärung zu erfolgen hat.

Nach der Rechtsprechung trägt "der Arzt, der den Eingriff vornimmt, [...] - von Ausnahmen abgesehen, in denen auch der den Patienten ins Krankenhaus einweisende Arzt, z.B. der Hausarzt, vor dem Rat zur Operation zur vollständigen Risikoaufklärung verpflichtet ist [...] - allein die Verantwortung für die Aufklärung des Patienten." (80)
Dabei muß nicht unbedingt der Arzt die Aufklärung durchführen, der den Eingriff vornimmt, es genügt die Aufklärung durch einen an derselben Klinik tätigen Arzt (81).
Der Patient kann aber schwerlich von einer anderen Person aufgeklärt werden, insbesondere nicht von einem medizinischen Laien. (81) Aber auch die Aufklärung durch Ärzte anderer Fachrichtungen derselben Klinik oder durch Pflegepersonal und Studenten der behandelnden Fachrichtung ist nach den Grundsätzen der Rechtsprechung nicht möglich, "da nur diese [die Behandlung durchführenden] Ärzte die Gefahren und Risiken des in dieser Klinik durchgeführten Eingriffs am besten kennen..." (81)
Damit scheidet im Normalfall auch der einweisende Arzt aus (82) - obwohl der BGH von diesem die Aufklärung in bestimmten Fällen geradezu fordert - außer er steht in besonders enger, auch fachlicher Verbindung zu den behandelnden Klinikärzten.

Wichtig ist auch noch der Zeitpunkt der Aufklärung: "Soll die Aufklärung ihren Zweck erfüllen, die Entscheidungsfreiheit des Patienten zu gewährleisten (vgl. BGH, NJW 1976, 365), dann muß sie rechtzeitig erfolgen, also zu einem Zeitpunkt, wo der Patient noch in vollem Besitz seiner Erkenntnis- und Entschlußfähigkeit ist und ihm bis zu dem beabsichtigten Eingriff eine gewisse Überlegungsfrist bleibt." (83)

2.5.2.2. Die willensmängelfreie Einwilligung

Die Einwilligung ist zwar, wie oben gezeigt, kein Rechtsgeschäft, sie unterliegt aber als Willenserklärung ähnlichen Voraussetzungen, was ihre Wirksamkeit betrifft.
Der Einwilligende muß zum einen frei in seiner Entscheidung sein (84) und zum anderen die Fähigkeit haben, die Folgen seiner Entscheidung zu übersehen (85).
Neben dem Zwang darf die Einwilligung also auch nicht auf sonstigen Willensmängeln, wie z.B. Täuschung oder Irrtum, beruhen. Allerdings ist hier nicht jeder Irrtum relevant. Ein Irrtum z.B., der nicht die medizinische Bedeutung des Eingriffs betrifft, sondern z.B. nur die Kosten der Operation, ist unerheblich.

2.5.2.3. Die nach außen manifestierte Einwilligung

Da bezüglich der Einwilligung die Willenserklärungstheorie zu bevorzugen ist, genügt der innere Wille des Patienten für sich allein nicht. Ebensowenig ist die Einwilligung bereits im Abschluß des Behandlungsvertrags enthalten. Der Patient muß vielmehr mit dem Eingriff nicht nur einverstanden sein, seine Einwilligung muß auch geäußert und dem Arzt bekannt geworden sein (86).
Die Einwilligung ist eine wirkliche Manifestation der Bereitschaft zur Hinnahme des Eingriffs, bloße Passivität genügt nicht. Sie kann sich auch aus dem schlüssigen, den Umständen zu entnehmenden Gesamtverhalten des Patienten ergeben (87).

2.5.2.4. Die nicht sittenwidrige Einwilligung

Ferner kann die Einwilligung nach § 226 a StGB unwirksam sein, wenn der vorzunehmende Eingriff gegen die guten Sitten verstößt.

Dieser Begriff ist aus dem bügerlichen Recht entliehen. Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Verstoß gegen die guten Sitten dann vor, wenn eine Handlung dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zuwiderläuft. Diese Formel ist jedoch nicht geeignet, präzise Grenzlinien zu setzen, so daß derartige Fälle in der Praxis kaum eine Rolle spielen (88)(89).

2.5.2.5. Die nicht widerrufene Einwilligung

Die Einwilligung ist und bleibt als Willenserklärung nur so lange wirksam, als sie nicht widerrufen ist. Ein solcher Widerruf ist jederzeit möglich und kann nicht im vorhinein abbedungen werden. Allerdings muß der Widerruf ernstlich gemeint sein, so daß ein aus Schockwirkung oder (auch medikamentös bedingten) Angstgefühlen herrührendes "Sich-Sträuben" für einen Abbruch der Behandlung nicht ausreicht.
Ein aber trotz ernstlichen Widerrufs vorgenommener oder weitergeführter Eingriff ist rechtswidrig, da es ab dem Widerruf an der erforderlichen Einwilligung fehlt.

2.5.3. Die Erteilung der Einwilligung

Der zur Einwilligung in die Durchführung des Eingriffs Berechtigte ist zunächst einmal der Patient selbst.
Dieser Grundsatz wird eingeschränkt in den Fällen, in denen ein Vertreter die Einwilligung rechtswirksam für den Patienten abgeben kann. Hierzu gehören die gesetzlichen Vertreter von minderjährigen oder entmündigten Patienten sowie Behandlungspfleger, die für z.B. geistesschwache Personen nach § 1910 BGB bestellt wurden.

2.5.3.1. Die Erteilung der Einwilligung durch den Patienten

Die Einwilligung des voll geschäftsfähigen Patienten ist insoweit ohne Probleme, als bei ihm die Fähigkeit vermutet wird, nach entsprechender Aufklärung Bedeutung und Tragweite des Eingriffs für sein eigenes weiteres Leben erkennen zu können.
Dem liegt zugrunde, daß die Einwilligung weder die Zustimmung zu einem Rechtsgeschäft (90) darstellt, noch an den strafrechtlichen Begriff der Zurechnungsfähigkeit gekoppelt ist, sondern eine Gestattung oder Ermächtigung zur Vornahme tatsächlicher Handlungen darstellt. Daher kommt es für die Wirksamkeit auf die oben genannte Urteilsfähigkeit an. Diese im Einzelfall zu beurteilen, ist Aufgabe des Arztes (s.u. 4.1.).
Ist der Arzt der Meinung, die erforderliche Einsichtsfähigkeit liege nicht vor, sondern sie sei z.B. durch die Krankheit erheblich vermindert, hat er bei vitaler Indikation die Möglichkeit, den Eingriff ohne Einwilligung durchzuführen, bei allen anderen Indikationen, bei denen keine unmittelbare Gefahr droht, über das Vormundschaftsgericht einen Behandlungspfleger bestellen zu lassen.

2.5.3.2. Die Erteilung der Einwilligung durch den berufenen Vertreter

Gibt es in den Fällen beschränkter oder nicht vorhandener Geschäftsfähigkeit einen gesetzlichen oder bestellten Vertreter, so ist dieser berufen, nach eigener Beurteilung nach eigener Aufklärung, die Einwilligungserklärung rechtswirksam für den Patienten abzugeben.
Da das Kriterium aber nicht die Geschäftsfähigkeit, sondern die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ist - letztere nur basierend auf der Entwicklung der geistigen und sittlichen Reife - kann es

sein, daß der auch nicht voll geschäftsfähige Patient selbst wirksam einwilligen kann, ohne daß es des Vertreters bedarf. Dies soll aber Gegenstand einer eigenen Betrachtung sein (s.u. 4.).

Bei mißbräuchlicher Verweigerung der Einwilligung durch den berufenen Vertreter hat der Arzt die Möglichkeit, diesem vom Vormundschaftsgericht das Entscheidungsrecht entziehen und einen Vertreter bestellen zu lassen gem. §§ 1666, Abs. 1, 1909, Abs. 1, 1910, Abs. 1, 1915 BGB. Dies folgt daraus, daß dem Personensorgerecht auch eine Personensorgepflicht korrespondiert. In diesen Problemkreis fällt auch der von ENGISCH mitgeteilte Fall (91) der Geburtshilfe im Interesse des ans Licht der Welt drängenden Kindes bei Weigerung der Mutter zu dem geburtshilflichen Eingriff. Hier hilft nur eine Abwägung der Rechtsgüter, nämlich die Körperverletzung der Mutter und das Lebensinteresse des Kindes.

2.6. Die fingierte Einwilligung

Kann z.B. bei Vorliegen einer vitalen Indikation und Bewußtlosigkeit des Patienten weder dessen Einwilligung noch die eines Vertreters eingeholt werden, so will der BGH im Anschluß an die Auffassung des RG den Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung zu Rate ziehen (92).
Diese Konstruktion war die ultima ratio des RG (93), sie beruht darauf, was der Patient sagen würde, wenn er gefragt werden könnte. Hier stellt BOCKELMANN zu recht die Frage : "Wann weiß man das schon?" (94)
Ähnlich wie das RG argumentiert auch ENGISCH, denn "wo jede Einwilligungserklärung fehlt, kann die Willensrichtungstheorie immer noch aus irgendwelchen Indizien (z.B. früheren gelegentlichen Äußerungen des Kranken) erschließen wollen, daß der Patient mit der Operation einverstanden war." (95)

Ebenso SCHWALM: "13. Die Notwendigkeit der Einwilligung entfällt unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der mutmaßlichen Einwilligung, wenn wegen des körperlichen Zustandes des einwilligungsunfähigen Patienten Gefahr im Verzug besteht und die Einwilligung eines Personensorgeberechtigten oder Pflegers nicht rechtzeitig beigezogen werden kann." (96)
Auch der AE 62 will nicht auf die mutmaßliche Einwilligung verzichten:

> § 162 Abs. 2
>
> Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die Einwilligung nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit [...] brächte, und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er die Einwilligung versagen würde (97).

Nach SCHMIDT sind "mit dem Gesichtspunkt der "mutmaßlichen Einwilligung" [...] solche Fälle juristisch ebensowenig zu bewältigen, wie mit dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag." (98)
Zwar argumentieren die Anhänger der mutmaßlichen Einwilligung damit, daß im Unterschied zu den Fällen verweigerter Einwilligung doch nach dem Willen des Patienten gehandelt wird, auch wenn auf diesen Willen z.B. aus vorhergegangenen Äußerungen und Handlungen des Patienten nur geschlossen wird. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß ein solcher Wille, der u.U. in einer ganz anderen Situation geäußert wurde, gar nicht erforscht werden kann. Denn es kommt entscheidend darauf an, was der Patient in dieser Ausnahmesituation äußern würde und nicht nur in einer hypothetisch konstruierten Situation evtl. ohne Empfindungen geäußert hat. Denn mit der mutmaßlichen Einwilligung wird dem Patienten letztlich eine Art medizinische Vernunft

unterstellt, nämlich die Einsicht in die Notwendigkeit des Eingriffs in dieser Lage mit der dazu automatisch verknüpften Einwilligung.
Als Ausweg bieten sich der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) sowie die unterlassene Hilfeleistung (§ 323 c StGB) an.
Neben SCHMIDT haben sich auch BOCKELMANN und GEILEN dieser Auffassung angeschlossen, wenn auch mit Einschränkung; z.B. können nach BOCKELMANN Notwehr und Notstand "lediglich die Mißachtung der die Operation versagenden Willensentschließung" (99) des berufenen Vertreters rechtfertigen, nicht aber den Eingriff, da die Einwilligung positiv erteilt werden muß und es nicht genügt, daß der Berechtigte nicht "Nein" sagt.
Hier handelt es sich aber gerade um den Fall, daß die Einwilligung fehlt und eine Interessenabwägung vorgenommen werden muß.
§ 34 StGB bestimmt: "Wer in einer gegenwärtigen, nicht anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib, [...] oder ein anderes Rechtsgut eine Tat begeht, um die Gefahr von sich oder von anderen abzuwenden, handelt nicht rechtswidrig, wenn bei Abwägung der widerstreitenden Interessen, namentlich der betroffenen Rechtsgüter und des Grades der ihnen drohenden Gefahren, das geschützte Rechtsgut das beeinträchtigte wesentlich überwiegt. Dies gilt jedoch nur, soweit die Tat ein angemessenes Mittel ist, die Gefahr abzuwenden."

In diesen Problemkreis gehört auch der mißglückte Selbstmordversuch: Ginge man vom mutmaßlichen Willen des Selbstmörders aus, so käme man ohne Schwierigkeiten dazu, eine Behandlung abzulehnen, da - möglicherweise noch durch einen Abschiedsbrief - zumindest durch den Selbstmordversuch der erklärte Wille des Selbstmörders vorliegt, nicht ärztlich behandelt zu werden. Hier besteht bei der Rechtsprechung zu recht die Meinung (100), der Arzt sei verpflichtet, gemäß § 323 c StGB den Selbstmörder zu

behandeln. Denn im Kollisionsfall gebührt dem Gebot der Hilfeleistung Vorrang vor dem Verbot, ohne wirksame Einwilligung einen Eingriff vorzunehmen.

2.7. Der Eingriff ohne Einwilligung

Von dem Prinzip, daß kein Eingriff ohne Einwilligung durchgeführt werden darf, gibt es eine Reihe von Ausnahmen bis hin zur Behandlung auch gegen den Willen des Patienten, dem Behandlungszwang.

2.7.1. Der Behandlungszwang

Ein echter oder eigentlicher Behandlungszwang ist nur aufgrund gesetzlicher Vorschriften möglich, deren wichtigste im folgenden kurz dargestellt werden:

§§ 3, 14 GeschlKrG
Hiernach muß sich jeder unverzüglich untersuchen und behandeln lassen, der an einer Geschlechtskrankheit leidet, dies weiß bzw. annehmen muß.

§§ 34 ff BSeuchG
Hiernach muß der Patient, der an einer bestimmten ansteckenden Krankheit leidet, seine Unterbringung und Beobachtung dulden.

Art. 21 Abs. 2 UnterbringungsG
Hiernach müssen sich Geisteskranke, Geistesschwache, rauschgift- oder alkoholsüchtige Patienten in entsprechenden Einrichtungen unterbringen und ggfs. behandeln lassen.

§ 81 StPO
Hiernach muß sich ein Beschuldigter zur Vorbereitung eines Gutachtens über seinen psychischen Zustand in einer entsprechenden Einrichtung unterbringen lassen.

§ 101 StrVG
Hiernach muß sich ein Gefangener auch z.B. dann behandeln lassen, wenn er durch einen Selbstmordversuch in die Lage kommt, seinen Willen nicht mehr äußern zu können (101). .Die Behandlungspflicht für die Ärzte entspringt in diesem Fall nicht nur den allgemeinen Grundsätzen der §§ 34 und 323 c StGB, sondern der Garantenpflicht des Staates, da sich der Gefangene normalerweise nicht freiwillig in den Strafvollzug begeben hat.

2.7.2. Der Notfall

Nicht in den Bereich des Behandlungszwangs, aber doch der Behandlung ohne Einwilligung gehören die Situationen, in denen der Patient z.B. bewußtlos ist oder aufgrund ähnlicher Zustände seinen Willen nicht mehr äußern kann. Hier darf der nach Ansicht des behandelnden Arztes unaufschiebbare, vital indizierte Eingriff ohne Einwilligung vorgenommen werden. Diese Maßnahmen sind durch den rechtfertigenden Notstand gedeckt und u.U. sogar nach § 323 c StGB gefordert (s.o. S. 40).
Hierher gehört neben anderen auch der Fall, daß der Arzt, der einen Selbstmörder noch lebend auffindet, diesen - wie jeder andere auch - gemäß § 323 c StGB am Leben erhalten muß, da ein Unglücksfall i.S.d. § 323 c StGB vorliegt. (102) Er macht sich daher nach herrschender höchstrichterlicher Rechtsprechung strafbar, will er hier allein nach dem Willen des Selbstmörders handeln und ihn sterben lassen (dies ist nur zweifelhaft beim

wohlüberlegten sog. Bilanzselbstmord; beim sog. Demonstrationsselbstmord ist ein Eingreifen unumgänglich) (102).
Muß der Arzt nicht ebenso einen lebensrettenden Eingriff vornehmen, wenn er "weiß, daß der Patient lieber sterben, als sich operieren lassen will, [...] wie umgekehrt ein Arzt, der weiß, daß sein Patient Bluttransfusionen ablehnt, einen in beiderseitiger Übereinstimmung vorgenommenen Eingriff, bei dem eine unvorhergesehene Blutung auftritt, letal verlaufen lassen muß, weil er keine fremde Blutkonserve verwenden darf." (103)
Hier handelt es sich um Grenzfälle, deren Lösung sich nicht allein am Tatbestand entscheidet: Hat der Arzt trotz vorheriger Weigerung des Patienten, auch im Falle einer unvorhergesehenen Blutung auf keinen Fall Fremdblut zu infundieren, alle Möglichkeiten der Substitution ausgeschöpft und als ultima ratio doch zur Fremdblutkonserve gegriffen und dem Patienten das Leben gerettet, hat er dennoch den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht und ist nicht gemäß § 226 a StGB gerechfertigt. Hier hilft jedoch auch - entgegen BGH St. Bd. 11, S. 111 ff. (S. 114) - die Interessenabwägung des § 34 StGB.
Zu berücksichtigen ist dabei, daß der Patient mit seiner grundsätzlichen Einwilligung unter Auflage den Arzt erst in diese konfliktträchtige Situation gebracht hat, die nicht eingetreten wäre, hätte der Patient von vornherein den gesamten Eingriff abgelehnt, wobei der Arzt ihn hätte ziehen lassen müssen.

Nicht richtig ist in diesem Zusammenhang die Ansicht, daß " die Rechtfertigung des Arztes oder die Straffreiheit des Irrtums des Arztes hierüber davon abhängen [kann] , daß der Arzt die erreichbaren nächsten Angehörigen des Patienten vor der Behandlung befragt." (104)
Denn die Angehörigen eines Patienten haben noch weniger die Möglichkeit, rechtswirksam für einen Patienten zu entscheiden als z.B. ein gesetzlicher Vertreter.

2.7.3. Die Gefahr der Zustandsverschlechterung und der Gefährdung des Heilerfolges

Ein Eingriff kann auch dann ohne Einwilligung vorgenommen werden, wenn die dazu nötige Aufklärung eine Verschlimmerung des (Krankheits-) Zustandes oder eine Gefährdung des Heilerfolges ernstlich befürchten lassen, z.B. in schwersten Fällen der Basedowschen Krankheit durch eine befürchtete Panikstimmung. Hier obliegt dem Arzt die Pflicht einer sorgfältigen Abwägung.

3. Die Einordnung des Ärztlichen Heileingriffs im Strafrecht

Der Ärztliche Heileingriff berührt hauptsächlich die strafrechtlichen Vorschriften des 17. Abschnitts, die §§ 223 ff. StGB, deren geschütztes Rechtsgut der menschliche Körper ist.
Dieses Rechtsgut folgt in der Rangordnung des Strafrechts unmittelbar nach dem Leben (105). Der Umfang ist nicht genau bestimmt, da viele Menschen bereits mit körperlichen Defekten geboren werden und jeder Mensch im Laufe seines Lebens und Alterns verschiedene Körperzustände aufweist, die alle zum Rechtsgut des 17. Abschnitts gehören (105).
Ebenso ist mit HIRSCH (106) auch der seelische Bereich zum Rechtsgut zu zählen, der aber nur dann relevant wird i.S.d. §223 StGB, wenn sich die seelischen Beschwerden auch körperlich auswirken (sog. somatologischer Krankheitsbegriff).
Neben Körperverletzung ist auch an die Sexualdelikte (§§ 174 ff. StGB), Giftbeibringung durch Medikamente (§ 229 StGB) und Nötigung (§ 240 StGB) zu denken. Diese Vorschriften bleiben jedoch wegen ihrer geringeren Bedeutung hier außer Betracht.

3.1. Nach der Rechtsprechung ist der Ärztliche Heileingriff stets tatbestandsmäßig Körperverletzung

Die Rechtsprechung geht seit jeher davon aus, daß der Ärztliche Heileingriff stets den Tatbestand der Körperverletzung verwirklicht. Schon das RG (107) führt als Begründung an, daß der Körperverletzungsbegriff jede unmittelbar und physisch auf den Organismus erfolgende Einwirkung erfasse und daher ein im Ergebnis eintretender Heilerfolg am Vorliegen der Rechtsgutsverletzung nichts ändere; lediglich die Rechtswidrigkeit der vorsätzlichen Körperverletzung könne aufgrund einer wirklichen oder mutmaßlichen Einwilligung des Patienten bzw. berufenen Vertreters entfallen.

Ausgangspunkt ist § 223 Abs. 1 StGB: "Wer einen anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird [...] bestraft."
Die Rechtsprechung fragt zunächst, ob ein Arzt einen Patienten körperlich mißhandelt, wenn er ihm z.B. den Bauch aufschneidet, ihn mit einer Nadel sticht usw.
Zum Begriff des Mißhandelns gehört ein unangemessenes, übles Behandeln, durch das das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt wird; diese Beeinträchtigung darf nicht ganz unerheblicher Art sein. (108) Selbst das Anspeien (109), Zopfabschneiden (110) und die Defloration (111) werden von der Rechtsprechung unter den Begriff des Mißhandelns subsumiert.
Dabei ist es gleichgültig, ob eine Verschlechterung eines bereits schlechten Zustandes eintritt oder ob Schmerzen zugefügt werden.
Nach der Rechtsprechung kann die körperliche Mißhandlung auch durch Unterlassen begangen werden, indem z.B. ein Arzt durch pflichtwidrige Untätigkeit bei einem Kranken das Aufrechterhalten erheblicher Schmerzen begünstigt (112).

Als Gesundheitsschädigung ist jede Herbeiführung oder Steigerung einer Krankheit anzusehen, ohne Rücksicht auf die Dauer des Zustandes (113), ebenso jede Verschlimmerung oder Steigerung einer schon vorhandenen Krankheit, die ebenfalls auch durch Unterlassen verwirklicht werden kann (114).
Darüberhinaus kann das nicht medizinisch indizierte Verschreiben von Arzneien, die Betäubungsmittel enthalten, den Tatbestand der Körperverletzung erfüllen (115).
Dabei ist die Gesundheitsbeschädigung nicht auf den körperlichen Zustand beschränkt, sondern auch die Erregung und Steigerung psychischer Störungen fällt hierunter (116).

Diese Subsumption seiner Tätigkeit sowie des Unterlassens seiner Tätigkeit unter den Tatbestand des § 223 StGB führt für den Arzt in einen unlösbaren Konflikt: Er verwirklicht in jedem Fall den Tatbestand des § 223 StGB und hat damit den ersten Schritt zur Strafbarkeit getan.
Dies hat die nahezu einhellige Kritik der Strafrechtslehre herausgefordert. BOCKELMANN argumentiert so: "Müßte die Operation wegen der vorübergehenden Trübungen des Wohlseins oder Wohlbefindens, die sie verursacht, als Körperverletzung qualifiziert werden, so würde folgen, daß die Nichtvornahme eines Eingriffs niemals Körperverletzung sein könnte, auch dann nicht, wenn die Operation dringend angezeigt, d.h. zur Abwehr schweren Siechtums oder von Todesgefahr unerläßlich wäre." (117)
RG wie BGH haben sich von der Kritik der Lehre jedoch nicht beirren lassen (118).

Die Körperverletzung durch den Arzt geschieht auch vorsätzlich, denn er handelt in Kenntnis des Vorhandenseins der zum objektiven gesetzlichen Tatbestand gehörenden Tatumstände, d.h. er weiß, daß er einen Eingriff vornimmt und will es auch.
Ist der Eingriff aber vorsätzlich, so findet nicht nur § 223 StGB, sondern auch die qualifizierenden Tatbestände wie die gefährliche Körperverletzung, die schwere Körperverletzung und Körperverletzung mit Todesfolge Anwendung.
Die gefährliche Körperverletzung i.S.d. § 223 a StGB begeht z.B. der Operateur, der ein Messer gebraucht, denn dies ist beispielhaft für ein "gefährliches Werkzeug" im § 223 a StGB angeführt.
Um einer weiteren Ausuferung zu entgehen, meint der BGH, das "Messer" sei in § 223 a lediglich als Beispiel für den Begriff "Waffe" genannt, unter einer "Waffe" sei aber nur ein solcher Gegenstand zu verstehen, "den der Täter bei einem Angriff oder Kampf zu Angriffs- oder Verteidigungszwecken benützt." (119)

Der ärztliche Eingriff aber sei weder Angriff noch Kampf. Dem hält BOCKELMANN (120) entgegen, es sei nicht einzusehen, warum die Operation kein Angriff sein solle. Denn Angriff ist jedes aktive menschliche Verhalten, das fremde Rechtsgüter verletzt oder zu verletzen droht (121).

Außerdem fällt bei konsequenter Rechtsprechung z.B. die Amputation eines "wichtigen Gliedes" unter den Begriff einer beabsichtigten schweren Körperverletzung i.S.d. § 225 StGB; ebenso ist § 226 StGB anwendbar, wenn der Patient während oder nach der Behandlung durch diese stirbt (122).
Die Rechtsprechung verurteilt aber nicht nach den qualifizierenden Tatbeständen und ist damit ebenso inkonsequent und unsystematisch wie in der Beurteilung des Vorsatzes: Wenn dem Arzt ein Fehler unterläuft, bestraft sie nur wegen Fahrlässigkeit. Letztere kann aber nur angenommen werden, wenn zuvor der Vorsatz ausgeschlossen wurde.

Die Tatbestandsverwirklichung allein führt noch nicht zur Strafbarkeit, hinzukommen muß noch die Rechtswidrigkeit. Der BGH begründet die Rechtswidrigkeit der Körperverletzung folgendermaßen: "Das in Art. 2, Abs. 2, Satz 1 Grundgesetz gewährleistete Recht auf körperliche Unversehrtheit fordert Berücksichtigung auch bei einem Menschen, der es ablehnt, seine körperliche Unversehrtheit selbst dann preiszugeben, wenn er dadurch von einem lebensgefährlichen Leiden befreit wird [...]. Es wäre ein rechtswidriger Eingriff in die Freiheit und Würde der menschlichen Persönlichkeit, wenn ein Arzt - und sei es aus medizinisch berechtigten Gründen - eigenmächtig und selbstherrlich eine folgenschwere Operation bei einem Kranken, dessen Meinung rechtzeitig eingeholt werden kann, ohne desse vorherige Billigung vornähme." (123) Die Frage, ob der Arzt bestraft wird, hängt also einzig von der Einwilligung des Patienten ab.

3.2. Der Ärztliche Heileingriff aus der Sicht der Strafrechtslehre

Auch die Lehre geht zunächst einmal vom Tatbestand des § 223 StGB aus. Dabei stellt sie fest, daß § 223 nicht etwa die "Körperverletzung" schlechthin, verstanden als Körpersubstanzverletzung, als Versehrung der Körperintegrität, unter Strafe stellt, sondern nur die "körperliche Mißhandlung" und die "Gesundheitsbeschädigung". Daraus folgert BOCKELMANN, "wenigstens der gelingende, die Todesgefahr abwendende, die Krankheit heilende oder hemmende Eingriff läßt sich aber, so sollte man meinen, diesen Merkmalen nicht subsumieren." (124) HIRSCH folgert aus der Tatsache, daß der Umfang des Rechtsguts des § 223 nicht genau bestimmt ist, "daß Handlungen, die in medizinischem Sinn einen geminderten Körperzustand bessern oder eine Verschlechterung abwenden, also die Gesundheit - ganz oder teilweise - wieder herstellen oder bewahren, das Rechtsgut nicht verletzen." (125)

Wie BOCKELMANN und HIRSCH ist nahezu die gesamte Strafrechtslehre der Meinung, daß sich die Heilung einer Krankheit weder als körperliche Mißhandlung noch als Gesundheitsbeschädigung werten läßt, wenn auch teilweise mit unterschiedlicher Begründung. Dabei wird das Schutzobjekt des § 223 verschieden gesehen, einmal ist es das "körperliche Wohl" (126), dann das "Körperinteresse" (127). Beide Begriffe bergen jedoch die Gefahr in sich, daß sie einen Ersatztatbestand schaffen und am Gesetz vorbeiinterpretiert werden.

Die herrschende Lehre kommt zu der Auffassung, daß bei der Frage, ob ein Heileingriff eine Körperverletzung darstellt, es nicht auf die einzelnen Teilakte wie Schnitt, Einstich usw. ankommt, sondern auf den Gesamtakt mit dem sich am Ende ergebenden Resultat.

Desweiteren führt die Literatur zur Stützung ihrer Ansicht an,

§ 223 StGB sei ein Erfolgsdelikt und daher sei auf den Erfolg auch des Ärztlichen Heileingriffs abzustellen. Denn ausschlaggebend sei, was im Endeffekt bei der Behandlung herauskomme.
An dieser Auslegung ändert nach BOCKELMANN auch die Grundrechtsgarantie des Rechts auf körperliche Unversehrtheit nichts, denn, ob es richtig ist, daß jeder Heileingriff den äußeren Tatbestand des Art. 2, Abs. 2, S. 1 GG erfüllt, kann dahin gestellt bleiben, selbst aus der Drittwirkung der Grundrechte folgt noch nicht, daß jede Grundrechtsversetzung eine strafbare Handlung darstellt (128).
SCHMIDT wirft der Rechtsprechung vor, sie werde dem sozialen Sinn des ärztlichen Wirkens nicht gerecht, sie erfasse den Heileingriff nicht in seiner gesamten Sinnbedeutung, löse aus dem gesamten, der operativen Behandlung dienenden Verhalten Einzelakte heraus und betrachte sie isoliert in ihrer Einwirkung auf den Körper, ohne dabei Grund und Ziel der Maßnahme ins Auge zu fassen (129).
Hier muß allerdings angemerkt werden, daß der Heilzweck sowie die Art der Durchführung mit dem Tatbestand des § 223 StGB nichts zu tun haben.
Auch ENGISCH ist der Meinung, der Begriff körperliche Verletzung sei nicht äußerlich zu nehmen, sondern bedeute Körperinteressenverletzung, also Verletzung des Interesses am Wohlergehen oder am subjektiven Wohlbefinden oder am Wohlaussehen, d.h. "eine Behandlung des Körpers, die überwiegend dessen Interessen (mit Einschluß des Lebensinteresses) wahrt, kann im Ganzen, im Endergebis nicht Körperinteressenverletzung sein [...], auch wenn einzelne untergeordnete Interessen in Mitleidenschaft gezogen werden." (130)

3.2.2. Der Ärztliche Heileingriff ist nur bei Erfolglosigkeit oder Substanzverlust tatbestandsmäßig Körperverletzung

Über den Weg der Betrachtung des Gesamtaktes mit dem sich am Ende ergebenden Resultat gelangt BOCKELMANN zu der Ansicht, daß nur der mißlungene Eingriff den objektiven Tatbestand der Körperverletzung erfüllt (128).
Mit dieser Betrachtung können sich weder SCHMIDT noch ENGISCH einverstanden erklären. SCHMIDT kann auch im Fall des mißglückten Eingriffs keine Körperverletzung sehen, da er den Eingriff auch nachträglich ex ante betrachtet und dabei nur auf seine Tendenz abstellt. Somit kommt er zu seiner Konstruktion über das Unterlassungsdelikt, nämlich im Sinne des Nicht-Abwendens eines tatbestandsmäßigen Erfolges: denn "wo trotz ärztlich einwandfreien Verhaltens das Ergebnis der Operation für den Patienten schädlich ist, versteht man die soziale Sinnbedeutung des ärztlichen Verhaltens [nur dann recht, wenn man sagt, der Arzt habe es nicht vermocht,] trotz einwandfreien Operierens, trotz Präsentierens aller objektiv gebotenen Sorgfalt die Schädigung vom Patienten abzuwenden." (129)
ENGISCH kommt ebenfalls zu einer Betrachtung ex ante, wenn er anerkennt, daß für die Frage, ob ein ärztlicher Eingriff überwiegend körperliche Interessen wahrt, nicht der zufällig wirkliche, sondern der zu erwartende wahrscheinliche Ausgang maßgebend sei. Hiernach lautet die Schlüsselfrage: "Entspricht ein Verhalten mit diesen Chancen und Gefahren in dieser oder jener Richtung überwiegend den Körperinteressen des Patienten oder nicht ?" (131)
Diesen Vergleich nennt ENGISCH Interessenabwägungsprinzip, wonach beim ärztlichen Eingriff der Fall vorliegt, daß die Rechtfertigung durch den überwiegenden Interessenausgleich die Tatbestandsmäßigkeit ausschließt (132). Diesen Gedanken hatte schon STOOß angedeutet, als er meinte, es liege "Identität sowohl der Person des Verletzten und des Geschützten als Identität in dem Gut, das verletzt wird und geschützt wird" vor (133)

Hier liegt auch der Unterschied zu dem Einwand, es gebe mehrere ehrenwerte Berufsgruppen, die ständig in Ausübung ihres Berufes strafrechtliche Tatbestände verletzten, Polizei- und Vollzugsbeamte usw. (134). In allen diesen Fällen sind aber Benachteiligte und Begünstigte sowie verletztes und gewahrtes Rechtsgut nicht identisch.

Wenn auch grundsätzlich in der Ablehnung des Körperverletzungsvorwurfs für die ärztliche Heilbehandlung einig mit der übrigen Lehre, wird doch eine abweichende Meinung in dem Fall vertreten, wenn beim Patienten ein Substanzverlust oder eine Verschlechterung der Gesamtsituation nach Durchführung des Eingriffs eintritt, selbst wenn der Eingriff wissenschaftlich und technisch einwandfrei durchgeführt ist. SCHRÖDER steht auf dem Standpunkt, daß gemäß dem Charakter des § 223 StGB als Erfolgsdelikt auch beim Ärztlichen Heileingriff nach dem Erfolg der Maßnahme zu fragen ist (135). Ein Eingriff, der die Gesundheit wiederherstellt, verbessert oder jedenfalls nicht verschlechtert, könne nicht Gesundheitsbeschädigung oder Mißhandlung sein; anders, wenn der Patient hinterher gesundheitlich schlechter stehe als vorher. Außerdem fielen Fälle mit Substanzverlust unter § 223 StGB, z.B. Amputation oder sonstige Entfernung eines Körperorgans, selbst dann, wenn der Patient dadurch von einem lebensbedrohenden Leiden befreit wird. Im Ergebnis stimmt dem HARDWIG zu, wenn auch mit anderer Begründung (136).
BELING, BOCKELMANN und MAURACH gehen noch einen Schritt weiter und schließen die Körperverletzung für den Ärztlichen Heileingriff nur dann aus, wenn er erfolgreich ist, so daß auch eine Nicht-Verbesserung unter den Tatbestand des § 223 StGB fällt.
BELING, der als einer der ersten nachdrücklich darauf hinwies, daß das Hervorrufen der Operationswunde als solche für die juristische Bewertung ganz unerheblich ist, richtet das Augenmerk auf das Eintreten oder Ausbleiben des Heilerfolgs und

differenziert je nach Ergebnis der Behandlung: Ausgangspunkt ist das Interesse des Individuums am Körper, wobei sich das Körperinteresse in das Interesse des Menschen am körperlichen Wohlsein (objektiv), am körperlichen Wohlbefinden (subjektiv) sowie an der äußeren Erscheinung (kosmetischer Gesichtspunkt) gliedert. Eine Handlung, die an sich Körperverletzung wäre, ist dies dann nicht, wenn sie überwiegend der Wohlseinsförderung oder der Lebensrettung dient, sie ist damit ein durch den Erfolg, nicht durch die Art und Weise des Handelns charakterisiertes Delikt (137). Aber auch BELING versäumt es nicht, die Einzelakte zu betrachten, denn "damit, daß der Schlußeingriff keine Körperverletzung ausmacht, ist noch nicht gesagt, daß der vorausgegangene Ersteingriff es ebenfalls nicht wäre [...] sonst müßte der gewissenlose Arzt oder Nicht-Arzt, der den ersten, üblen Eingriff vorgenommen hat, und nur ihn, nicht den nachfolgenden vornehmen wollte, der Bestrafung wegen Körperverletzung entgehen." (138)

BOCKELMANN geht in der Begründung für die Strafbarkeit des nicht erfolgreichen Eingriffs eigene Wege, denn er knüpft an den Begriff des 'erlaubten Risikos' und damit "an die neueste Unrechtslehre der Fahrlässigkeitsdelikte an, die nicht schon mit der Verursachung des tatbestandsmäßigen Erfolges, d.h. mit dem Erfolgsunwert die Rechtswidrigkeit bejaht, sondern erst mit der Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht, die also den Handlungsunwert als das wesentliche Unrechtselement auch der Fahrlässigkeitsdelikte betrachtet" (139), was der BGH für den Straßenverkehr anerkannt hat: "Indem die Rechtsordnung den gefahrvollen Verkehr zuläßt und den Teilnehmern an diesem Verkehr im einzelnen vorschreibt, wie sie ihr Verhalten einzurichten haben, spricht sie auch aus, daß sich ein Verhalten unter Beachtung dieser Vorschriften im Rahmen des Rechts hält." (140). Daraus folgt, daß sie keinen Handlungsunwert aufweist, "wenn die vom Recht erlaubte riskante Handlung unter sorgfältiger Beachtung der im jeweiligen Sozialbereich herrschenden 'Kunstregeln' unternommen wird." (139)

Als Anhänger der finalen Handlungslehre faßt BOCKELMANN die Sorgfaltspflichtverletzung nicht nur als Element der Rechtswidrigkeit, sondern als einen subjektiven Faktor des Tatbestands auf. Deshalb hat er sich auch gegen eine Sondervorschrift für den Ärztlichen Heileingriff ausgesprochen. Denn die Bewertung des Gesamtakts ergebe, daß einzig der mißlungene, das Leiden des Patienten nicht bessernde Eingriff unter den Begriff der Körperverletzung falle (141).

3.2.3. Der Ärztliche Heileingriff ist nur bei entsprechendem Vorsatz tatbestandsmäßig Körperverletzung

Eine weitere Sondermeinung vertritt HIRSCH, der die Tatbestandsmäßigkeit aufgrund folgender Erwägung verneint: "Da bei gelingendem Heileingriff der objektive Tatbestand der Körperverletzung nicht vorliegt, ist ein auf den Heilerfolg gerichteter Wille kein Körperverletzungsvorsatz, so daß bei objektivem Mißlingen der subjektive Tatbestand des § 223 entfällt; und da der Eingriff lege artis erfolgt, scheidet mangels Sorgfaltspflichtwidrigkeit auch der Tatbestand des § 230 [Fahrlässige Körperverletzung] aus!" (142)

3.3. Stellungnahme

Beide Lösungsversuche, - der Rechtsprechung wie der Strafrechtslehre - , den Ärztlichen Heileingriff in das Strafrecht einzuordnen, können der Strafrechtssystematik wie -dogmatik nicht in allen Punkten gerecht werden.
Der Rechtsprechung geht es hauptsächlich um die Strafbarkeit der Fälle mit eigenmächtiger Heilbehandlung, die strenggenommen nicht das Rechtsgut der §§ 223 ff. StGB, sondern das Selbstbestimmungsrecht des Patienten verletzen. Daher warnt SCHMIDT davor, die Freiheit der Persönlichkeit in den Schutzbereich dieser Vorschriften einzubeziehen, er geht aber nicht

darauf ein, daß es der Rechtsprechung hier um ein Problem der Rechtswidrigkeit und nicht der Tatbestandsmäßigkeit geht.
Deshalb fordert SCHMIDT auch mit anderen maßgeblichen Strafrechtslehrern, es sei de lege ferenda ein eigener Tatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung zu fordern, da de lege lata eine Bestrafung hierfür nur wegen Freiheitsdelikts und Nötigung möglich sei. So enthielten auch alle Alternativentwürfe zum StGB seit 1911 Bestimmungen über die eigenmächtige Heilbehandlung (143).
Denn die Abneigung der Lehre, die Tätigkeit des Arztes im Tatbestand des § 223 StGB mit der des Messerstechers und Raufbolds zu vergleichen und auf eine Stufe zu stellen, ist verständlich und der Einwand, den Gesamtvorgang im Auge zu behalten und nicht den Einzelakt, nicht von der Hand zu weisen.
Auf der anderen Seite stehen Erfolg und Mißerfolg der Heilbehandlung nicht immer fest. Außerdem enthält der Ärztliche Heileingriff die Besonderheit, daß die Gefahr des Mißlingens sich nie ausschließen läßt, so daß eine Betrachtung ex ante in jedem Fall sinnvoll ist.
Desweiteren läßt sich mit der Lehrmeinung vorbringen, daß das Selbstbestimmungsrecht des Patienten über § 240 StGB nur höchst unzureichend geschützt ist.
Aber auch das Denken der Lehre allein vom Erfolg her, nämlich der Wiederherstellung der Gesundheit, ist nicht ganz systematisch, da dann der Tatbestand des § 223 mit zu vielen Voraussetzungen und Interpretationen, dem Heilungswillen, der kunstgerechten Durchführung bei Nichteintritt des Erfolges, überladen wäre.

Eine befriedigende Lösung könnte durch eine eigene gesetzliche Regelung für den Ärztlichen Heileingriff erreicht werden, wie sie z.B. das österreichische StGB schon länger kennt: nämlich in § 110 (eigenmächtige Heilbehandlung) und in § 88 im Rahmen der fahrlässigen Körperverletzung.

Dagegen sah der deutsche Gesetzgeber wegen der Beurteilung durch die Rechtsprechung bislang keine Notwendigkeit, einen eigenen Tatbestand zu schaffen. Es existiert jedoch der bereits zitierte AE 62 (14), der für den Ärztlichen Heileingriff folgende Bestimmungen vorsieht:

§ 161 Heilbehandlung

Eingriffe und andere Behandlungen, die nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde und den Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes zu dem Zweck angezeigt sind und vorgenommen werden, Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, sind nicht als Körperverletzung strafbar.

§ 162 Eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken

(1) Wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff oder eine andere Behandlung vornimmt, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Die Tat ist nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn die Einwilligung nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Betroffenen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs. 2) brächte, und die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er die Einwilligung versagen würde.

(3) Die Tat ist auch dann nicht nach Absatz 1 strafbar, wenn ein Arzt eine Heilbehandlung (§ 161) an einem anderen vornimmt, ohne daß dieser im Sinne des Absatzes 1 eingewilligt hat, weil er vorher nicht über die für die Einwilligung wesentlichen Umstände voll aufgeklärt worden ist, aber

1. der Betroffene wenigstens eingewilligt hat, daß der Arzt ihn überhaupt in Behandlung nimmt und, wenn der Eingriff vorgenommen werden soll, überhaupt einen Eingriff vornimmt,
2. die Behandlung nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der Heilkunde erforderlich ist, um die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit (§ 147 Abs. 2) von ihm abzuwenden,

3. eine volle Aufklärung den Betroffenen seelisch so schwer belasten würde, daß dadurch der Behandlungserfolg voraussichtlich erheblich beeinträchtigt würde, und
4. die Umstände nicht zu der Annahme zwingen, daß er bei voller Aufklärung die Einwilligung versagen würde.

(4) Handelt der Täter in der irrigen Annahme, daß die Voraussetzungen des Absatzes 2 oder 3 vorliegen, und ist ihm der Irrtum vorzuwerfen, so wird er mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, mit Strafhaft oder mit Geldstrafe bestraft.

(5) Die Tat wird nur auf Antrag verfolgt. Stirbt der Verletzte, so geht das Antragsrecht nach § 121 Abs. 2 auf die Angehörigen über.

Im Prinzip ist diesem Vorschlag zuzustimmen, denn er gibt dem Arzt konkrete, auch im Einzelfall verläßliche Kriterien an die Hand, an denen er die Rechtmäßigkeit seines Tuns ermessen kann. Das gilt vor allem für den Katalog der ärztlichen Tätigkeiten in § 161 und § 162 Abs. 1 und für die Ausnahmen vom Einwilligungserfordernis in § 162 Abs. 3.

Eine weitere Verbesserung ist, daß für die eigenmächtige Heilbehandlung keine qualifizierten Tatbestände mehr vorgesehen sind.

Allerdings wäre es im Sinne einer Klarstellung wünschenswert, auch das Problem des mißglückten Eingriffs und des Behandlungsfehlers anzuschneiden und zwar in dem Sinne, daß § 161 den Zusatz erhält: "Dies gilt auch für mißglückte Eingriffe und Behandlungen, soweit sie nicht auf einem Fehler in der Behandlungsweise beruhen."

Das für eine Strafbarkeit erforderliche Maß des Verschuldens ließe sich den allgemeinen Grundsätzen entnehmen.

4. Der minderjährige Patient

4.1. Die rechtliche Stellung des minderjährigen Patienten

Bereits im derzeit geltenden Recht finden sich eine Reihe von Vorschriften, die direkt oder entsprechend auf die Problematik des Minderjährigen im Recht des Ärztlichen Heileingriffs anwendbar sind.

Eine erste allgemeine Richtlinie gibt der bereits angesprochene Art. 2, Abs. 2, S. 1. GG, der auch dem Minderjährigen ein Recht auf eigenen freien Willen, auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie auf Selbstbestimmung garantiert. Das dort geschützte Recht auf Leben stellt nach allgemeiner Meinung zwar prinzipiell kein Verfügungsrecht über das eigene Leben dar (144), dieses Prinzip wird aber mittelbar durchbrochen, weil Art. 2, Abs. 2, S. 1 GG dem Arzt Heileingriffe gegen den Willen des Patienten im allgemeinen verbietet. Die Folge ist, daß das staatliche Recht bei Weigerung des Patienten zur Durchführung des Eingriffs dem Willen des Patienten, nicht mehr weiterleben zu wollen, untätig zusehen muß. Dies gilt - wie bereits oben dargestellt - nicht nur für sogenannte vernünftige Gründe, sondern auch für Motive wie übertriebene Angst, Eitelkeit u.a., da "die Befugnis zur Einwilligung in einen Ärztlichen Heileingriff dem Persönlichkeitsrecht des Patienten entspringt." (145) Dem widerspricht nicht, daß im Einzelfall, z.B. zum Schutz der Volksgesundheit ein ärztlicher Eingriff wie bei einer Impfung aufgrund der Impfgesetze zwangsweise durchgeführt werden kann, was jedoch nur unter dem Gesetzesvorbehalt des Art. 2, Abs. 2, S. 3 GG zulässig ist.

Da wir auch dem Minderjährigen den Schutz des Art 2 GG und damit ein Selbstbestimmungsrecht zugestehen und zwar zum Teil auch gegen die Vorstellungen des Sorgeberechtigten, so dürfen wir ihn von der Einwilligungsbefugnis beim Ärztlichen Heileingriff nicht völlig ausschließen. DEUTSCH meint, "man wird sich überlegen müssen, ob man nicht wenigstens im Fall des äußerlich verunstaltenden Eingriffs dem älteren Jugendlichen ein Vetorecht zuspricht." (146) LÜDERITZ spricht sich dafür aus, dem Minderjährigen wenigstens ein aufschiebendes Veto einzuräumen, über das sich die Eltern nur mit vormundschaftlicher Genehmigung hinwegsetzen könnten (147). Dabei wird aber übersehen, daß damit nur eine Fremdbestimmung - wenn auch vielleicht die unvernünftiger Eltern - durch eine andere ersetzt wird, die dem Selbstbestimmungsrecht des Minderjährigen nicht unbedingt mehr Rechnung trägt.

Im geltenden Recht gibt es bereits eine Reihe von Vorschriften, die dem Minderjährigen eine Mitwirkung unterschiedlicher Qualität garantieren, wenn seine eigenen Angelegenheiten berührt werden; so kann der Minderjährige z.B. selbständig Verfahrensanträge stellen wie den auf Aufhebung der Fürsorgeerziehung nach § 75 Abs. 4 JWG. Außerdem stehen dem Minderjährigen Mitwirkungsrechte zu wie bei einem Religionswechsel nach Art. 5 RelKEG.

Schon vor der Vollendung des 18. Lebensjahres besteht eine echte Teilmündigkeit im Rahmen des § 107 BGB bei Geschäften, die dem Minderjährigen lediglich rechtlichen Vorteil bringen oder bei der Testierfähigkeit nach § 2229 Abs. 1 BGB.

Andere Mitwirkungsrechte sind an die Vollendung des 14. Lebensjahres gebunden - wie die Entscheidung für einen Elternteil im Falle der Scheidung nach § 1671 Abs. 3 BGB - andere an die Vollendung des 16. Lebensjahres - wie etwa das Einverständnis des Jugendlichen nach § 10 Abs. 2, S. 2 JGG bzgl. einer heilerzieherischen Behandlung oder einer Entziehungskur.

Diese wenigen Beispiele (148) zeigen die Möglichkeit auf, auch in Bezug auf den ärztlichen Eingriff eine spezialgesetzliche Vor-

schrift einzuführen, wie sie vor Jahren schon mit einem § 1626 a eines BGB-Entwurfs in die gesetzgeberische Beratung eingegangen ist, letztlich aber dann doch nicht verwirklicht wurde (149). Danach sollte sowohl den Eltern als auch dem mindestens 14-jährigen und einsichtsfähigen Minderjährigen das Recht verliehen werden, in eine Heilbehandlung einzuwilligen (149). Diese Lösung war Folge der im gleichen Entwurf vorgesehenen Generalklausel eines § 1626 Abs. 2, S. 1, 2, wonach die Eltern darauf Rücksicht zu nehmen haben, soweit ein Kind zur "eigenen Beurteilung" seiner eigenen Angelegenheiten in der Lage ist (150).

Die Rechtsprechung und die herrschende Strafrechtslehre haben schon seit langem anerkannt, daß der minderjährige bzw. sonst in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Patient in bestimmten Fällen selbst in den vorgesehenen Eingriff einwilligen kann, wenn "er nach seiner geistigen und sittlichen Reife fähig ist, die Bedeutung der Heilbehandlung nach Grund, Art und Tragweite einzusehen sowie sich hiernach zu entscheiden ... " (151)
In dem gleichen Sinne äußert sich die Rechtsprechung: "Ein Minderjähriger kann zu einer Operation rechtswirksam seine Einwilligung geben, fall er die nötige Urteils- und Einsichtsfähigkeit hinsichtlich der Bedeutung des körperlichen Eingriffs besitzt und die erforderliche Aufklärung hierüber erhält." (152) Dem steht nach dem OLG München nicht entgegen, daß Verfügungen über Persönlichkeitsrechte auch mittelbar vermögensrechtliche Wirkungen haben können (152). Ebenso argumentiert der BGH: "Auch einem Minderjährigen kann je nach den Umständen hinreichendes Verständnis zugetraut werden, um das Für und Wider gegeneinander abzuwägen und die Tragweite seiner Einwilligung zu erkennen, wenn es um die sofortige Notwendigkeit eines lebensrettenden Eingriffs geht. Es kommt auf die Urteilskraft an." (153) Und an anderer Stelle: "Die Einwilligung eines Minderjährigen zu einem Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit (Operation) ist rechtswirksam, wenn der Minderjährige nach

seiner geistigen und sittlichen Reife die Bedeutung und Tragweite des Eingriffs und seiner Gestattung zu ermessen vermag." (154)

Nach diesen Überlegungen kommt es weniger auf das Alter des Minderjährigen als auf seine Urteilsfähigkeit in Bezug auf Bedeutung und Tragweite des Eingriffs an.

Hierbei ist weder die zivilrechtliche Geschäftsfähigkeit noch die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit von entscheidender Bedeutung, sie können höchstens Hinweise liefern für die Beurteilung der Einsichtsfähigkeit, d.h. "die von Fall zu Fall vom Arzt zu prüfende Reife und Fähigkeit, die Tragweite des ärztlichen Eingriffs für Körper, Beruf und Lebensglück zu ermessen." (155) Diese Formulierung will darauf hinweisen, daß der Patient nicht nur die Anordnungen oder Erklärungen des Arztes intellektuell versteht, sondern daß er auch in der Lage ist, die Konsequenzen für alle Bereiche seines Lebens abzuschätzen.

In dem bereits o.g. Fall des BGH (S. 30) hatte die 15-jährige Patientin die Anweisung und ihre Begründung zwar verstandesmäßig aufgenommen, es konnte aber nach dem BGH nicht davon ausgegangen werden, daß sie ihre eigene Gefährdung bei nicht genauer Handhabung der ärztlichen Verordnung mit vollem Ernst und in ihrer ganzen Tragweite erfassen konnte und sich danach verhalten würde. Daher war in diesem Fall nach Ansicht des BGH die Aufklärung der Eltern geboten.

Der BGH sagt an anderer Stelle: "Für die Erkenntnisfähigkeit ist kein bestimmtes Alter erforderlich, und dafür ist es unerheblich, ob der Betroffene unter Vormundschaft oder Pflegschaft steht, sondern es genügt eine ausreichende Einsichtsfähigkeit, nämlich eine solche verstandesmäßige, geistige und sittliche Reife, die es gestattet, die Bedeutung und die Tragweite des Eingriffs zu erkennen, und die Urteilskraft, um das Für und Wider abzuwägen, sowie die Fähigkeit, das Handeln nach dieser Einsicht zu bestimmen." (156)

Die herrschende Strafrechtslehre vertritt in dieser Hinsicht im

wesentlichen die gleiche Meinung (157).
"Das Problem ist nur, von welchem Grad der Verstandesreife im einzelnen Fall ausgegangen werden muß. Eine starre Grenze ist, wie gesagt, nicht gegeben. Es kommt vielmehr entscheidend darauf an, daß die Kritik- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen soweit entwickelt und verselbständigt ist, daß sie ausreicht, den Ärztlichen Heileingriff entsprechend dem Inhalt der Aufklärungspflicht in seiner Gesamtheit zu erfassen und abzuwägen." (158)
Bei Zweifeln hierüber hat der Arzt Reife und Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen zu prüfen: "Hieraus folgt, daß der Arzt sich in jedem kritischen Falle vergewissern muß, wie es um die Geistes- und Willenskräfte des Patienten steht. Natürlich braucht er keine exakte psychiatrische Begutachtung vorzunehmen oder vornehmen zu lassen." (159)
Daher kann durchaus z.B. schon ein sechsjähriges Kind, das sich einen Fremdkörper in oder durch die Haut getrieben hat, und das einen ihm vielleicht bekannten Arzt aufsucht, um den Fremdkörper entfernen zu lassen, wirksam in diesen Eingriff einwilligen.

Wird die Einsichtsfähigkeit vom Arzt bejaht, ist der Wille des minderjährigen Patienten zu berücksichtigen, d.h. der Eingriff kann bei Einwilligung durchgeführt werden oder ist bei Nichteinwilligung zu unterlassen. In diesem Falle ist für eine Entscheidung durch einen Vertreter kein Raum mehr.
Nicht gefolgt werden kann daher SCHWALM, der das Recht zur Erteilung der Einwilligung dem minderjährigen Patienten nur dann zugesteht, wenn neben der Einsichtsfähigkeit "die Einwilligung seines Personensorgeberechtigten entweder in absehbarer Zeit überhaupt nicht oder nur bei einem Aufschub der Behandlung eingeholt werden könnte, der den Minderjährigen in die Gefahr des Todes oder einer schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit brächte." (160)
Ist die Einsichtsfähigkeit nach Ansicht des Arztes nicht gegeben, kommt es auf die Einwilligung des berufenen Vertreters an (s.o.

2.5.3.2.) Dies ist beim minderjährigen Patienten der Inhaber der Personensorge, normalerweise die Eltern. Die Beurteilung des Arztes gehört zum Aufklärungsgespräch und ist im Zweifel nach den gleichen Grundsätzen zu dokumentieren.
Nach ENGISCH ist der Arzt bei seiner Entscheidung jedoch in jeder Hinsicht exculpiert, "da er mit Einwilligung dessen gehandelt hat, den er für den Bestimmungsberechtigten hielt." (161)

4.2. Der Ärztliche Heileingriff am minderjährigen Patienten

Wie sind die obigen Grundsätze auf den Eingriff am minderjährigen Patienten anwendbar?
Als Ausgangspunkt zur Problemstellung und -lösung sei ein Fall gewählt, der sich in einer Münchener Universitätsklinik ereignete: Der knapp 14-jährige Patient Michael fand sich wegen einer Gesichtsasymmetrie und Zahnfehlstellung in der Klinik ein. Als Ursache wurde ein verdrängend wachsender Tumor im rechten Oberkiefer festgestellt, der sich nach genauerer Diagnostik als ein juveniles Hämangiom darstellte, welches laut Computertomogramm über die Mittellinie hinausreichte, den Orbitaboden jedoch noch nicht erreicht hatte, nach hinten in die Pharynxwand reichte und von der a. maxillaris gespeist wurde.
Nach Meinung der konsultierten Ärzte war der Tumor operabel unter dem Risiko einer massiven Blutung sowie einer bleibenden Entstellung. Eine Strahlentherapie ohne Operation wurde bei dem infiltrierenden und aggressiven Wachstum des Tumors als nicht aussichtsreich betrachtet. Therapie der Wahl war also eine Operation in Form einer Oberkieferteilresektion mit Nachbestrahlung und späterer Obturatorprothese.
Bei Nichtdurchführung der Operation drohte der baldige Tod des Patienten.
Da die Eltern wie auch der Patient nach entsprechender Auf-

klärung die Einwilligung zur Operation verweigerten, wurde vom zuständigen Vormundschaftsgericht ein Aufenthaltsbestimmungs- und Behandlungspfleger des Jugendamts bestellt, der sich jedoch ebenfalls nach entsprechender Aufklärung wegen der Operationsrisiken und -folgen nicht in der Lage sah, die Einwilligung zu erteilen.
Von der Dringlichkeit und Notwendigkeit der Operation überzeugt, schaltete die Klinik nunmehr einen Kinderpsychiater ein, der nach eigenen Angaben seine Hauptaufgabe in einer therapeutischen Hinwendung zur Operation sah und beim Patienten auch einen Sinneswandel herbeiführte, so daß die Operation mit Einwilligung des nunmehr fast 14-jährigen Patienten ohne Komplikationen durchgeführt wurde.
Bemerkenswert ist dabei, daß der Psychiater die Einsichtsfähigkeit des Patienten in die Notwendigkeit der Operation bzw. die Folgen der Nichtoperation verneinte.

4.2.1. Der medizinisch indizierte Eingriff

Hier soll zunächst nur der medizinisch voll indizierte Eingriff betrachtet werden, da für den nicht indizierten Eingriff eigene Grundsätze gelten.

4.2.1.1. Der medizinisch indizierte Eingriff mit Einwilligung des minderjährigen Patienten und Sorgeberechtigten.

Der operativ nicht unproblematische Eingriff des Ausgangsfalles hätte juristisch keine Probleme bereitet, wären die Sorgeberechtigten, hier die Eltern, wie auch der minderjährige Patient von Anfang an mit der Operation einverstanden gewesen. Da der Patient nicht urteilsfähig war, hätte hier die erklärte Einwilligung der Eltern die des Patienten ersetzt.

Neben dem Willen des Vertretenen ist vom Sorgeberechtigten auch dessen Wohl zu berücksichtigen.
Dies wird jedoch bei der hier behandelten Fallgestaltung angenommen werden können, wenn auch der Wille des Vertretenen Berücksichtigung findet.
Bleibt noch zu erwähnen, daß die elterliche Sorge nach § 1626 Abs. 2 BGB immer von beiden Elternteilen gemeinsam wahrgenommen wird, d.h. beide müssen einwilligen; dies bedeutet für den Arzt, daß er sich bei jedem ernsteren Eingriff evtl. vergewissern und darauf betehen muß, daß wirklich beide Elternteile einwilligen, während er bei einem geringfügigeren Eingriff davon ausgehen kann, daß der erschienene Ehegatte die Einwilligung zugleich für den anderen überbringt (162).

4.2.1.2. Der medizinisch indizierte Eingriff ohne Einwilligung des minderjährigen Patienten und des Sorgeberechtigten

Schwieriger wird die Lösung, wenn sich - wie anfangs im Ausgangsfall geschehen - sowohl die Sorgeberechtigten als auch der minderjährige Patient gegen einen Eingriff entscheiden.
Nur scheinbar gibt es hier eine unproblematische Lösung: dem Selbstbestimmungsrecht ist hier eben scheinbar Genüge getan, wenn allseits auf den Eingriff verzichtet wird, und für den behandelnden Arzt wäre hier die Grenze seiner Behandlungsmöglichkeit erreicht.
Dem ist auch so, wenn der Minderjährige über die entsprechende Einsichts- und Urteilsfähigkeit verfügt, so daß die Einwilligung seiner Sorgeberechtigten ohnehin entbehrlich ist. Anders liegt aber der Fall, wenn - wie im Ausgangsfall - der Minderjährige noch nicht selbst entscheiden kann und für die behandelnden Ärzte mit der Verweigerung durch die Sorgeberechtigten zu recht ihre Verantwortlichkeit nicht automatisch endet.
Wie schon oben gesagt, ist neben dem Willen des Vertretenen

auch dessen Wohl zu berücksichtigen. Hierzu BELING: "Ob sich der Vertretene gegen die Förderung seines Wohlseins sträubt oder nicht, ist gleichgültig. Andererseits ist aber zu beachten, daß der gesetzliche Vertreter nur dazu legitimiert ist, im Interesse, nicht aber gegen das Interesse des Vertretenen Entscheidungen zu treffen. Deshalb muß der Wunsch des Kindes usw., in seinem Wohlsein gefördert zu werden, genügen; der gesetzliche Vertreter kann diese Förderung nicht durch seinen Einspruch verhindern." (163)

Da es sich bei der Einwilligung oder Nicht-Einwilligung durch den Vertreter jeweils um eine Fremdbestimmung handelt, ist das Einwilligungs- und Bestimmungsrecht des Sorgeberechtigten nicht unbegrenzt, vielmehr ist sein Mißbrauch zu verhindern, z.B. wenn er dem Arzt einen zweifelsfrei indizierten Eingriff nicht gestattet (164).

Der richtige Weg in einem solchen Fall ist für den Arzt die Anrufung des Vormundschaftsgerichts zur Bestellung eines Aufenthaltsbestimmungs- und Behandlungspflegers für den minderjährigen Patienten. Dieser Weg wurde auch im Ausgangsfall beschritten, er ist außerdem vorgesehen für alle Fälle, in denen die Gefahr besteht, der Sorgeberechtigte habe bei der Entscheidung nicht ausschließlich das Wohl seines Mündels vor Augen, d.h. wenn er grundlos oder unter für einen außenstehenden Betrachter nicht nachvollziehbaren Gründen einen Heileingriff durch die Einwilligungsverweigerung verhindert.

Neben seltenen Beispielen wie dem Ausgangsfall handelt es sich dabei häufiger um die Verweigerung der Einwilligung in Bluttransfusionen bei Eingriffen an Kindern von Zeugen Jehovas. Hier wollen einige dem Arzt das Recht zur Durchführung unter ersatzlosem Wegfall des Einwilligungserforderisses geben: Nach KAHL gibt es kein Recht auf Versagung der Einwilligung des Sorgeberechtigten. Deshalb kann in versagter Einwilligung eines sogenannten Stellvertreters auch kein Mangel des Rechtsgrundes für erlaubtes ärztliches Handeln gelegen sein." (165) Ebenso SCHWALM: "16. Die Notwendigkeit der Einwilligung entfällt

unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des strafrechtlich rechtfertigenden Notstandes, wenn c) sein [des Patienten] Personensorgeberechtigter oder Pfleger die Einwilligung trotz Aufklärung verweigert [...]" (166)

Diesem Ergebnis kann nur in besonders gelagerten Fällen zugestimmt werden, wobei zur Verdeutlichung der Problemlösung folgende Sachverhalte herangezogen werden sollen:

(1) Der Ausgangsfall, wobei die Eltern wie auch der wegen deren Weigerung bestellte Pfleger die Einwilligung verweigerten, einmal wegen des hohen Risikos, daß der Patient auf dem Operationstisch verblutet, zum anderen wegen der feststehenden postoperativen massiven Gesichtsentstellung.

(2) Der Fall der Zeugen Jehovas, die aus religiösen und Gewissensgründen eine lebensnotwendige Bluttransfusion selbst bei ihren Kindern verweigern.

(3) Der von KOHLHAAS mitgeteilte Fall: "Einem jungen Ehepaar wird ein Kind geboren mit allen Zeichen des trisomalen Schwachsinns. Dieses Kind hat außerdem eine schwere Form der Ösophagus-Atresie. Die Notwendigkeit einer Operation zur Lebenserhaltung wird den Eltern erklärt, die diese aber nach reiflicher Überlegung ablehnen." (167)

(4) Der von ESER (168) mitgeteilte Fall, in dem ein Kind mit einem sog. caudalen Dysplasiesyndrom (Mißbildungen der Lendenwirbelsäule, des Beckens und der unteren Extremitäten) sowie einer Analatresie und einem Hydrocephalus geboren wurde. Prognostisch sollte dieses Kind nach Behebung der Analatresie weiterleben können, aber als "Rollstuhlkind", wobei auch die Ausscheidungsfunktionen nicht beherrschbar gewesen wären.

Bei der Lösung dieser Fälle, nämlich der Frage, ob die Eltern wirksam einen Eingriff verweigern können, ist m. E. auf deren Motivation abzustellen: Wenn die Zeugen Jehovas im Fall (2)

wirksam ihre Einwilligung verweigern könnten, könnten sie damit über das Leben ihres Kindes verfügen und z.B. ihre Überzeugung höher bewerten als Leben und Gesundheit eines Dritten. Diese an die Person gebundenen Rechtsgüter dürfen nicht in der Verfügungsmacht der Eltern stehen, da niemand auf Leben und Gesundheit eines Dritten verzichten kann (165), über sie kann nur der eigene Wille desselben Menschen gesetzt werden, sofern er die entsprechende "Willensfähigkeit" (169) besitzt.

Ebenso ist bei den anderen Fällen zu fragen, ob sachfremde Erwägungen über Eingriff oder Nichteingriff, über Leben oder Tod zu entscheiden haben oder nicht. Sachfremd ist dabei jede Motivation, die unmittelbar nichts mit dem Eingriff zu tun hat, also die religiöse Überzeugung in Fall (2), aber auch die Heranziehung der späteren Entstellung in Fall (1), denn ob der Patient damit leben will und kann, kann nur er allein entscheiden. Nicht sachfremd waren aber die Bedenken hinsichtlich des Blutungsrisikos in Fall (1). Hier haben die Eltern ihre Verweigerung zu recht ausgesprochen und dem Arzt blieb nur übrig, durch vermehrte Aufklärung doch noch eine Umstimmung herbeizuführen, bzw. bei einem Verdacht auf sachfremde Erwägungen, d.h. solche, die nicht ausschließlich dem Wohl des Vertretenen dienen, beim Vormundschaftsgericht evtl. durch einstweilige Anordnung einen Pfleger bestellen und damit die Argumente der Eltern gerichtlich überprüfen zu lassen.

Die Verweigerungsmotive der Fälle (3) und (4) sind nicht mitgeteilt; geht man davon aus, daß es jeweils - auch wenn nach reiflicher Überlegung - der Gedanke war, das erwartete Leben ihrer Kinder, in Fall (3) zudem noch durch Schwachsinn geistig behindert, in Fall (4) massiv körperlich behindert, aber höchstwahrscheinlich mit einer normalen Intelligenz versehen, sei evtl. nicht lebenswert, handelt es sich um eine sachfremde Überlegung, die mit dem lebensrettenden Eingriff - Behebung der Ösophagusatresie sowie der Analatresie - nichts zu tun hat; denn die Frage, ob ein Leben lebenswert ist, kann einzig und allein

der Patient für sich selbst entscheiden. Ist er zu dieser Entscheidung noch nicht fähig, ist es die erste Aufgabe des Arztes, das Leben zu erhalten und nach Möglichkeit und den Regeln seiner Kunst die Krankheiten zu heilen bzw. zu lindern und letztendlich den Patienten damit für später in die Lage zu versetzen, damit dieser seine Entscheidung einmal selbst treffen kann.

Die Entscheidung eines bestellten Pflegers kann zwar die der Eltern ersetzen, spielen hier aber auch sachfremde Erwägungen eine Rolle, hat der Arzt letzlich den Eingriff ohne Einwilligung vorzunehmen, denn bei der Entscheidung über Leben und Tod kann es keine Stellvertretung geben, womit auch ein fremdbestimmtes, einverständliches Sterbenlassen sozusagen in Stellvertretung nicht möglich ist (170).

"Da fremdes Leben, fremde Gesundheit zur Diskussion stehen, muß verhindert werden, daß die Entscheidung durch Laune, Willkür, Eigensinn oder gar verbrecherische Intentionen gelenkt wird." (171)

Beim Arzt kann man letzlich davon ausgehen, daß - sind alle Möglichkeiten, den Willen des Patienten selbst zu berücksichtigen ausgeschöpft - er den Regeln und der Ethik seines Berufes gemäß handeln wird.

Eine Lösungsmöglichkeit oder Faustregel für jeden Einzelfall anzubieten ist unmöglich, da es sich um Eingriffe mit jeweils nach Auswirkung und Vorhersehbarkeit verschiedenen Risiken handelt.

4.2.1.3. Der medizinisch indizierte Eingriff ohne Einwilligung des minderjährigen Patienten, aber mit Einwilligung des Sorgeberechtigten

Hierbei geht es um den Fall, daß der minderjährige Patient zwar die Einwilligung verweigert, diese aber durch die des Sorgeberechtigten ersetzt wird.

Bei dem nicht einsichtsfähigen Minderjährigen wird der nach Ansicht des behandelnden Arztes indizierte Eingriff ohne forensisches Risiko im Hinblick auf die Einwilligung durchgeführt.

Nicht grundsätzlich problematischer ist die Situation, wenn ein einsichtsfähiger minderjähriger Patient die Einwilligung verweigert, der Sorgeberechtigte aber einwilligen wollte. (172) Hier kollidieren Selbstbestimmungs- und Sorgerecht, wobei dem Grundrecht auf Selbstbestimmung der Vorrang einzuräumen ist.
Der oben geäußerten Ansicht BELINGs, daß es gleichgültig sei, ob sich der Vertretene gegen die Förderung seines Wohlseins sträubt oder nicht (163), kann für diesen Fall des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen nicht gefolgt werden.

4.2.1.4. Der medizinisch indizierte Eingriff mit Einwilligung des minderjährigen Patienten, aber ohne die Einwilligung des Sorgeberechtigten

Bleibt noch die Fallgestaltung, daß der minderjährige Patient einwilligt, der Sorgeberechtigte seine Einwilligung aber verweigert.
Ist der minderjährige Patient nach Meinung des Arztes genügend einsichts- und urteilsfähig, kann der Eingriff auch gegen den Willen des Sorgeberechtigten ohne Problem durchgeführt werden.
Bei ungenügender Einsichtsfähigkeit des Minderjährigen kann sich der Arzt strafbar machen, wenn er den Eingriff dennoch durchführt: da es auch bei objektiver Notwendigkeit und Gelingen an der erforderlichen Einwilligung fehlt, es sei denn, die Einwilligung war vom Sorgeberechtigten aus sachfremden Erwägungen verweigert worden (s.o. S. 66 ff.).

4.2.2. Der medizinisch nicht indizierte Eingriff

Ist der Eingriff nicht als Heileingriff indiziert, z.B. Lebendspende von Organen, kann er nicht am minderjährigen Patienten vorgenommen werden, wenn dieser wegen mangelnder Einsichtsfähigkeit selbst nicht einwilligen kann, da der gesetzliche Vertreter in diesem Fall keine Verfügungsmacht besitzt.
Dies gilt auch für die sogenannten Zwangs- bzw. Gefälligkeitssterilisationen an geistig behinderte Kindern wie Erwachsenen, vor allem an Frauen allein zur Verhütung von Schwangerschaften, dabei "kann die notwendige Einwilligung der betreffenden Person weder durch den Vormund noch durch den Pfleger ersetzt werden." (173) Der Arzt, der einen solchen Eingriff vornimmt, ist daher "nach § 223 StGB, möglicherweise sogar nach § 225 StGB strafbar." (174)
Ebenso ist die ebenfalls immer wieder vorgenommene Zwangssterilisation geistig behinderter Knaben und Männer zum Zweck der Zeugungsunfähigkeit zu beurteilen.

Weiter spielt diese Fallkonstellation eine Rolle beim Einsatz oraler Kontrazeptiva für minderjährige Mädchen, die ausschließlich zum Zweck der Kontrazeption verordnet werden. Hier gilt ebenfalls, daß sich der Arzt zunächst über die ausreichende Einsichtsfähigkeit vergewissern muß.
LAUFS (175) wie auch die Ärztin GRÖMIG (176) empfehlen, daß sich der konsultierte Arzt an den Inhaber der elterlichen Sorge wendet. Dies ist jedoch bei ausreichender Einsichtsfähigkeit unnötig. Ist die entsprechende Einsichtsfähigkeit nicht zu bejahen, darf nach den o.g. Grundsätzen auch der Sorgeberechtigte nicht einwilligen.
Um einer weit verbreiteten Unsicherheit der Ärzteschaft auf diesem Gebiet entgegenzuwirken, hat die Bundesärztekammer Leitsätze für die Verordnung vom Ovulationshemmern für minderjährige Mädchen aufgestellt (177). Danach sollen Mädchen

unter 16 Jahren diese Medikamente nicht erhalten, da normalerweise erst in diesem Alter das Längenwachstum abgeschlossen ist. Außerdem will die Rechtsordnung mit § 182 StGB noch nicht 16-jährige Mädchen vor dem Geschlechtsverkehr bewahren.

Für den Fall des medizinisch nicht indizierten Schwangerschaftsabbruchs nach § 218 a Abs. 1, S. 1 StGB hat das Landgericht München entschieden: "1. Eine sechzehnjährige bedarf, sofern sie die Tragweite ihrer Entscheidung erfaßt, zum Abbruch einer Schwangerschaft aus sozialer Indikation nicht der Zustimmung ihrer gesetzlichen Vertreter." (178)

5. Ausblick

Im Ergebnis ist daher von dem behandelnden Arzt zu fordern, daß er sich neben der medizinischen Tätigkeit wie unter 2. beschrieben im Rahmen der Einwilligungserlangung auch mit der Person bzw. der Persönlichkeit des Patienten beschäftigt und sich - bevor er sich beim nicht geschäftsfähigen Patienten um eine Ersatzeinwilligung bemüht, die Frage stellt: Kann dieser Patient selbst seine Interessen wahren, verfügt er über die erforderliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit?

Um den Arzt von dem Druck des ständigen Vorwurfs der Körperverletzung zu befreien, ist mit der Lehrmeinung vom Gesetzgeber eine eigene Bestimmung etwa im Wortlaut der §§ 161, 162 AE 62 zu fordern.
Allerdings fehlen diesem Entwurf Regelungen hinsichtlich der stellvertretenden Einwilligung. Sie könnte im Hinblick auf die obigen Ausführungen folgendermaßen lauten:

> § 162 Abs. 1, Satz 2:
>
> Als Einwilligung gilt bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Betroffenen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters.
>
> § 162 Abs. 2, Satz 2
>
> Die Tat ist ferner nicht nach Abs. 1 strafbar, wenn die Einwilligung gemäß Abs. 1, Satz 2 aus Gründen verweigert wird, die nicht dem Wohl des Vertretenen dienen und ein Unterbleiben der Behandlung die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung hervorrufen würde.

ANMERKUNGEN

(1) SCHMIDT, in Ponsold, 2. A., S. 5

(2) Berufsordnung für die deutschen Ärzte, § 1, Abs. 2, in Dt. Ärzteblatt 1983, Heft 44, S. 75

(3) LAUFS, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1977, S. 1081

(4) Aus einer Stellungsnahme des Arbeitskreises Ärzte und Juristen (AWMF), Med. Sachverst. 1976, S. 82, zitiert bei LAUFS, ebenda, S. 1082

(5) SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S. 69 f.

(6) ENGISCH, ZStW, Bd. 58, S. 2

(7) BELING, ZStW, Bd. 44, S. 230

(8) Die Erlaubnis nach dem HPG setzt die Vollendung des 25. Lebensjahres voraus, eine abgeschlossene Hauptschulausbildung, sittliche Zuverlässigkeit, das Fehlen von körperlichen Leiden oder Schwäche der geistigen und körperlichen Kräfte oder einer Sucht. Außerdem sind die Kenntnisse und Fähigkeiten von der Gesundheitsbehörde zu prüfen.

(9) Der BGH in Strafsachen, Bd. 8, S. 237 f. stellt demgegenüber auf den Patienten ab und definiert: "Ausübung der Heilkunde ist jedes Tun, das bei den Behandelten den Eindruck erweckt, es ziele darauf ab, sie von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden zu heilen oder ihnen Erleichterung zu verschaffen. Das kann auch dadurch geschehen, daß angeblich übernatürliche Gewalten mit vermeintlichen oder vorgetäuschten übersinnlichen Kräften bekämpft werden."
Dieses Urteil erging aufgrund der Einlassung eines Heilschwindlers, der den Aberglauben der seine Heilkunst suchenden Kranken auszunutzen verstand, er habe die Kranken betrügen und nicht heilen wollen. Vgl. a. BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 8 f.

(10) Bundesverfassungsgericht (BVerfG), E. 17, S. 108, 114 ff., anläßlich der Frage, ob eine Belästigung des Betroffenen geringfügig und zumutbar ist.

(11) So auch BGH NJW 1978, S. 1206

(12) Zu weit für unseren Zweck ist die Definition der WHO: Health is a state of complete physical, mental and social well being and not merely the absence of disease or infirmity. Vgl. LAUFS, NJW 1978, S. 1177

(13) ENGISCH in STICH-BAUER, S. 1325

(14) Vorlage des Bundesrates, Bundestags-Drucksache IV, 650, S. 38

(15) Dt. Ärzteblatt 1983, Heft 44, S. 76; über die sog. Zwangs- bzw. Gefälligkeitssterilisation s.u. 4.2.2.

(16) RGBl I. 773

(17) SCHMIDT-MATTHIESEN, S. 146

(18) SCHMIDT-MATTHIESEN, S. 137

(19) BGH NJW 1972, S. 331.

(20) SCHMIDT in PONSOLD, S. 44

(21) LAUFS, Arztrecht, RN 99

(22) BOCKELMANN in PONSOLD, S. 6

(23) KUSCHINSKY-LÜLLMANN, S. 186 ff.

(24) BGBl I, S. 2445

(25) LAUFS, NJW 1978, S. 1179

(26) ZENKER in Festschrift für BOCKELMANN, S. 484

(27) BGH in Zivilsachen (BGH Z) Bd. 8, S. 138 = NJW 1953, S. 257

(28) BOCKELMANN in PONSOLD, S. 45; SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S. 138, u.a.

(29) BERG, S. 129, unter Hinweis auf BGH NJW 1962, S. 1780

(30) Reichsgericht in Strafsachen (RG St) Bd. 64, S. 263 f.

(31) RG St Bd. 67, S. 12 ff.

(32) RG St, ebenda, S. 21 f.

(33) BGH NJW 1962, S. 1780

(34) BELING, ZStW Bd. 44, S. 226

(35) GEILEN, S. 134

(36) ENGISCH in ENGISCH-HALLERMANN, S. 20

(37) SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S. 97 ff.

(38) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 61

(39) BGH NJW 1958, S. 267

(40) ENGISCH in ENGISCH-HALLERMANN, S. 19 f.

(41) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S 54

(42) SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S. 95

(43) ENGISCH, ZStW Bd. 58, S. 1 ff.

(44) BGH St Bd. 11, S. 111 ff. = NJW 1985, S. 267 f.
Leitsatz des BGH im Myom-Urteil: "Entschließt sich ein Arzt zur Operation einer Kranken, um eine Gebärmuttergeschwulst zu entfernen, ohne sich vorher trotz der erkennbaren Möglichkeit, daß die Geschwulst nur bei völliger Ausräumung des Gebärmutterkörpers beseitigt werden kann, des Einverständnisses der Kranken mit einem so weitgehenden Eingriff zu versichern, so begeht er fahrlässige Körperverletzung, wenn er diesen schweren Eingriff gleichwohl vornimmt."

(45) LAUFS, Arztrecht, RN 53

(46) BGH St. Bd. 6, S. 147

(47) BGH St. Bd. 12, S. 379

(48) zitiert bei SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S. 98

(49) BELING, ZStW Bd. 44, S. 232

(50) Vgl. auch BVerfG NJW 1979, S. 1925, 1930

(51) RG St. Bd. 25, S. 375

(52) So RG Z Bd. 151, S. 352

(53) BRÜGMANN, NJW 1977, S. 1474

(54) Diese Pflichten sind nach BRÜGMANN aaO "entstanden durch den Abschluß des Arztvertrages und die danach erfolgte Diagnose mit der Feststellung des Befundes noch bevor der Arzt das erste aufklärende Wort zu dem Patienten gesagt hat. Der Körper des Patienten spricht zu dem Arzt und verlangt gebieterisch eine bestimmte Behandlung - bevor der Mund des Patienten eine Frage oder eine Meinung zu diesem Thema geäußert hat."

(55) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 58

(56) HALLERMANN, in ENGISCH-HALLERMANN, S. 47

(57) HALLERMANN, ebenda S. 65

(58) Z.B. BGH NJW 1976, S. 365 m.w.N.

(59) BGH NJW 1961, S. 2203

(60) BGH NJW 1963, S. 393

(61) BGH St Bd. 11, S. 111, 115

(62) RG St Bd. 66, S. 181, Höchstrichterliche Rechtsprechung (HRR) 1937, Nr. 1429; 1938, Nr. 857

(63) Z.B. GRÜNWALD in GÖPPINGER, S. 141 f.

(64) BGH NJW 1978, S. 587

(65) BGH NJW 1970, S. 511 f.

(66) RG Z Bd. 78, S. 432; HRR 1937, Nr. 434

(67) BGH NJW 1956, S. 1106; BGH Z Bd. 29, S. 46, 57; RG ST Bd. 157, S. 182

(68) BGH NJW 1971, S. 1887

(69) BGH NJW 1977, S. 337

(70) BGH St. Bd. 11, S. 111 ff. = NJW 1958, S. 267 f.

(71) RG St Bd. 66, S. 181

(72) RG Z Bd. 163, S. 129; die Pflicht zur Abwägung trifft den Arzt: "Soweit die Gefahr der Schädigung des Patienten schwerer wiegt als die Beeinträchtigung seines Selbstbestimmungsrechts, die in dem Verschweigen einzelner Umstände liegt, ist die Aufklärungspflicht eingeschränkt." (GEILEN in: Arzt und Recht, S. 147

(73) BGH Z Bd. 29, S. 176

(74) BGH St Bd. 12, S. 379, 383

(75) RG St, zitiert bei SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, S. 103, Anm. 114

(76) BGH NJW 1976, S. 363

(77) BOCKELMANN, in PONSOLD, S. 25

(78) BGH NJW 1980, S. 635

(79) BGH St Bd. 12, S. 382

(80) OLG München, NJW 1983, S. 2642, unter Hinweis auf BGH, NJW 1980, S. 1905, NJW 1961, S. 2302

(81) OLG München aaO

(82) SCHÜNEMANN, NJW 1980, S. 2753

(83) OLG Stuttgart, NJW 1979, S. 2356, unter Hinweis auf BGH, NJW 1974, S. 1422

(84) BGH St Bd. 4, S. 113

(85) BGH St, ebenda, S. 88

(86) BGH, NJW 1956, S. 1106

(87) Vgl. BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 54

(88) HIRSCH in Leipziger Kommentar RN 25 zu § 226 a StGB

(89) Sittenwidrig ist z.B. eine schwere Verstümmelung. Weitere Beispiele bei SCHRÖDER, RN 8 zu § 226 a StGB

(90) So noch BGH Z Bd. 7, S. 198, 206 ff.

(91) ENGISCH, ZStW Bd. 58, S. 25

(92) BGH Z Bd. 29, S. 46, 51

(93) RG St Bd. 25, S. 375 ff.

(94) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 65

(95) ENGISCH in STICH-BAUER, S. 1327

(96) SCHWALM, 16 Thesen, Bayer. Ärzteblatt 1960, Heft 5

(97) Vgl. Anm. (14)

(98) SCHMIDT in: PONSOLD, S. 43; nach OPDERBECKE, Grenzen der Intensivtherapie, in: LAWIN, S. 109 ff. stellt der mutmaßliche Wille letztlich nichts anderes dar "als die ärztliche Auffassung zu den Umständen des Einzelfalles."

(99) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes S. 66

(100) BGH St Bd. 6, S. 147

(101) KÜHNE, NJW 1975, S. 671 ff. will hier differenzieren

zwischen einem sog. Bilanzselbstmord als eindeutiger Entscheidung und einem ambivalenten Selbstmord mit Aufrufcharakter an die Öffentlichkeit. Da diese Unterscheidung in der Praxis nahezu unmöglich ist, ist zunächst immer nach den o.g. Grundsätzen für den mißglückten Selbstmord zu verfahren, vgl. a. SPANN-LIEBHARDT-BRAUN in: Festschrift für BOCKELMANN, S. 488 ff.

(102) Großer Senat des BGH St. Bd. 6, S. 147 ff., Bd. 13, S. 162, Bd. 24, S. 342; anders BGH St Bd. 2, S. 150 ff. = Unglücksfall nur unter bestimmten Umständen, z.B. Geisteskrankheit oder Sinneswandel des Selbstmörders, nicht aber bei freier Willensentscheidung; ebenso die herrschende Meinung in der juristischen Literatur.

(103) KOHLHAAS, Dt. Med. WoSchr. 1965, S. 46

(104) SCHWALM, These Nr. 14, vgl. Anm. (96); diese Ansicht wird auch oft im Zusammenhang mit intensivtherapeutischen Maßnahmen geäußert, z.B. wenn Hämodialyse, maschinelle Beatmung nötig werden. Hier ist die Einwilligung des meist sedierten Patienten normalerweise nicht zu erhalten, so daß hier ein Pfleger bestellt werden muß. So auch OPDERBECKE, Die Aufklärungspflicht im operativen Bereich, in LAWIN, S. 35 ff.

(105) DREHER-TRÖNDLE, RN 1 vor § 223 StGB, HIRSCH, Leipziger Kommentar, RN 1 vor § 223 StGB

(106) DREHER-TRÖNDLE, aaO

(107) RG St Bd. 25, S. 375 ff.

(108) RG, Deutsches Recht (DR) 39, S. 365; ebenso BGH St. Bd. 14, S. 269

(109) RG St in Goldammers Archiv (GA) Bd. 58, S. 184

(110) DREHER-TRÖNDLE, Anm. 5 b zu § 223 StGB

(111) RG St Bd. 56, S. 64

(112) OLG Hamm, NJW 1975, S. 604

(113) RG St Bd. 19, S. 226; RG DR 39, S. 365; BGH, NJW 1960, S. 253,

(114) RG St Bd. 75, S. 165; Bd. 50, S. 37, 44; Bd. 74, S. 350; BGH, NJW 1960, S. 2253; NJW 1961, S. 2068; OLG Hamm aaO

(115) RG St Bd. 77, S. 18

(116) RG St Bd. 64, S. 119

(117) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 67

(118) RG St Bd. 25, S. 375 ff. hebt ein Urteil des Landgerichts Hamburg auf, das die Meinung vertrat, der ärztlich indizierte, kunstgerecht durchgeführte und zur Gesundung führende Heileingriff, der die Körperinteressen fördert, sei seinem sozialen Sinngehalt nach das Gegenteil einer Körperverletzung, in Anlehnung an STOOß, ZStW, Bd. 6, S. 54.
Auch BGH St Bd. 11, S. 111 = NJW 1958, S. 267 (sog. Myom-Urteil) folgt der Rechtsprechung des RG "ohne daß es sich veranlaßt sieht, die hiergegen im Schrifttum geltend gemachten Einwände zu erörtern.
Ebenso BGH, NJW 1956, S. 1106 (sog. 1. Elektroschockurteil), BGH St Bd. 12, S. 375 ff.; Bd. 16, S. 309; BGH Z Bd. 29, S. 33; Bd. 46, S. 176; NJW 1971, S. 1887

(119) BOCKELMANN, ebenda, S. 72, Anm. 10

(120) BOCKELMANN, aaO

(121) So auch DREHER-TRÖNDLE, RN 4 zu § 32 StGB

(122) BGH St Bd. 12, S. 379

(123) BGH St Bd. 11, S. 111

(124) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 51

(125) HIRSCH, RN 1 vor § 223 StGB

(126) BOCKELMANN, ebenda, S. 66

(127) BELING, ZStW Bd. 44, S. 220; ENGISCH, ZStW Bd. 58, S.5

(128) BOCKELMANN, ebenda, S. 67

(129) SCHMIDT in PONSOLD, S. 35

(130) ENGISCH aaO

(131) ENGISCH, ebenda, S. 9

(132) ENGISCH, ebenda, S. 7ff.

(133) STOOß, S.3

(134) KOHLHAAS, Dt. Med. WSchr 1965, S. 46

(135) SCHRÖDER, NJW 1961, S. 953 ff.

(136) HARDWIG, GA 1965, S. 163 ff. sieht in den Meinungen, die auch bei mißlungenem kunstgerechtem Eingriff den Tatbestand des § 223 StGB verneinen, den Einfluß der älteren Un-

rechtslehre, die der subjektiven Tatseite im Tatbestand wenig Raum ließ.

(137) BELING, ZStW 44, S. 220

(138) BELING, ebenda, S. 230

(139) NIESE in: Festschrift für SCHMIDT, S. 367 ff. zu BOk-KELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 70

(140) BGH Z Bd. 24, S. 21ff, zitiert bei NIESE, ebenda, S. 369

(141) BOCKELMANN in PONSOLD, S. 35; ebenso MAURACH, Beonderer Teil des Strafrechts, S. 78 ff.

(142) HIRSCH in LK RN 2 vor § 223 StGB

(143) Vgl. auch SCHRÖDER, NJW 1961, S. 953 ff.

(144) MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, RN 12 zu Art. 2 GG

(145) TROCKEL, NJW 1972, S. 1494

(146) DEUTSCH, NJW 1978, S. 1660

(147) LÜDERITZ, Archiv für civilistische Praxis (AcP) 178, S.278

(148) Eine umfassendere Aufstellung findet sich bei KNÖPFEL, FamRZ 1977, S. 600 ff.

(149) Mitgeteilt bei KNÖPFEL, ebenda, S. 608

(150) KNÖPFEL, ebenda, S. 606

(151) SCHWALM, These Nr. 3 a), vgl. Anm. (96)

(152) OLG München, NJW 1958, S. 633 f.

(153) BGH St Bd. 12, S. 379

(154) BGH, NJW 1959, S. 811

(155) ENGISCH in: STICH-BAUER, S. 1332, der die Einsichts-fähigkeit Willensfähigkeit nennt.

(156) BGH in LINDENMAIER-MÖHRING (LM) Nr. 15 zu § 839 BGB mwN

(157) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 54 f.; ENGISCH, ZStrW 58, S. 38 ff; GEILEN, S. 86; KAHL, ZStW 29, S. 367 f.; LAUFS, Arztrecht, RN 83; DERS. NJW 1969, S. 529; DERS: NJW 1970, S. 489 ff.; TROCKEL, NJW 1972, S. 1495

(158) TROCKEL, aaO

(159) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 54 f.

(160) SCHWALM, These 3 b) vgl. Anm. (96)

(161) ENGISCH, ZStW 58, S. 39

(162) BOCKELMANN, Strafrecht des Arztes, S. 56

(163) BELING, ZStW 44, S. 234

(164) ENGISCH, ebenda, S. 43

(165) KAHL, ZStW 29, S. 367 f.

(166) SCHWALM aaO

(167) KOHLHAAS, Dt.Med.WSchr. 1965, S. 46

(168) ESER, Grenzen der Behandlungspflicht aus juristischer Sicht, in LAWIN, S. 77

(169) ENGISCH, ZStW 58, S. 38 ff.

(170) KOHLHAAS, NJW 1973, 548 f.; LAUFS, Arztrecht S. 44 ff

(171) ENGISCH, ebenda, S. 43

(172) Wie in einem 1978 in den USA bekanntgewordenen Fall, als die Eltern eines 15-jährigen schwangeren Mädchens im Gegensatz zu ihrer Tochter auf der Unterbrechung der Schwangerschaft bestanden.

(173) HORN, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1983, S. 265, unter Hinweis auf einen für alle Beteiligten problematischen Zustand, der nur durch entsprechende Gesetze bereinigt werden kann.

(174) HORN, ebenda, S. 265, unter Hinweis auf ESER, Sterilisation und Schwangerschaftsabbruch, 1980, S. 57

(175) LAUFS, Arztrecht, RN 83

(176) GRÖMIG, NJW 1971, S. 233

(177) Vgl. Dt. Ärzteblatt 1975, S. 2521

(178) LG München, NJW 1980, S. 646

LITERATUR

BELING, Ernst, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes bei Vornahme und Unterlassung operativer Eingriffe, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (ZStW) Bd. 44, (1924), S. 220 ff.

BERG, Steffen, Grundriß der Rechtsmedizin, München 1971, 7. A

Berufsordnung für die deutschen Ärzte in: Deutsches Ärzteblatt 1983, Heft 44, S. 75 ff.

BOCKELMANN, Paul, Strafrecht des Arztes, in : Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, hrsg. von Albert PONSOLD, 3.A., Stuttgart, 1967, S. 6 ff.

BOCKELMANN, Paul, Strafrecht des Arztes, Stuttgart, 1968

BRÜGMANN, Walter, Widerrechtlichkeit des ärztlichen Eingriffs und Aufklärungspflicht des Arztes, NJW 1977, S. 1473 ff.

DEUTSCH, Erwin, Reform des Arztrechts, NJW 1978, S. 1657 ff.

DREHER-TRÖNDLE, Kommentar zum StGB und Nebengesetze, 40. A., München, 1981

ENGISCH, Karl, Ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken und Einwilligung, ZStW Bd. 58 (1938) S. 1 ff.

ENGISCH, Karl, Die rechtliche Bedeutung der Operation, in STICH-BAUER, Fehler und Gefahren bei chirurgischen Operationen, Jena, 1954

ENGISCH, Karl und HALLERMANN, Wilhelm, Die ärztliche Aufklärungspflicht, Köln-München, 1970

GEILEN, Gerd, Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht, Bielefeld, 1963

GRÖMIG, Ursula, Die Verordnung der Anti-Baby-Pille durch den Arzt, insbesondere an Minderjährige, NJW 1971, S. 233 ff.

GRÜNWALD, Gerald, Heilbehandlung und Ärztliche Aufklärungspflicht, in GÖPPINGER, Hans (Hrsg.), Arzt und Recht, München, 1966

HARDWIG, Werner, Betrachtungen zur Frage des Heileingriffs, Goltdammers Archiv für Strafrecht (GA) 1965, S. 161 ff.

HIRSCH, G., in Leipziger Kommentar zum StGB, 9.A., Berlin 1974

HORN, Eckhard, Strafbarkeit der Zwangssterilisation, Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP) 1983, S. 265 f.

KAHL, Wilhelm, Der Arzt im Strafrecht, ZStW Bd. 29 (1909), S. 367 f.

KNÖPFEL, Gottfried, Zur Neuordnung des elterlichen Sorgerechts, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ) 1977, S. 600 ff.

KOHLHAAS, Max, Elterliche Ablehnung der Operationseinwilligung trotz Notwendigkeit zur Lebenserhaltung des Kindes, Dt. Med. WSchr. 1965, S. 46 ff.

KOHLHAAS, Max, Das Recht auf den eigenen Tod, NJW 1973, S. 548 f.

KÜHNE, Hans-Heiner, Strafrechtliche Aspekte der Suicidabwendung in Strafanstalten, NJW 1975, S. 671 ff.

KUSCHINSKY, Gustav, und LÜLLMANN, Heinz, Kurzes Lehrbuch der Pharmakologie, 6. A., Stuttgart, 1974

LAUFS, Adolf, Arztrecht, München, 1977

LAUFS, Adolf, Arztrecht im Wandel, NJW 1977, S. 1081

LAUFS, Adolf, Die Entwicklung des Arztrechts im Jahre 1977/78, NJW 1978, S. 1177

LAWIN, Peter (Hrsg.), Grenzen der ärztlichen Aufklärungs- und Behandlungspflicht, Stuttgart, 1982

LÜDERITZ, Alexander, Elterliche Sorge als privates Recht, Archiv für civilistische Praxis (AcP) 178 (1978), S. 275 ff.

MAUNZ-DÜRIG-HERZOG-SCHOLZ, Kommentar zum Grundgesetz, Loseblattsammlung, München

MAURACH, Reinhart, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, 5. A., Karlsruhe, 1969

NIESE, Werner, Ein Beitrag zur Lehre vom ärztlichen Heileingriff, in: Festschrift für Eberhard SCHMIDT, Göttingen, 1961, S. 364 ff.

SCHMIDT, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, Leipzig 1939

SCHMIDT, Eberhard, Der Arzt im Strafrecht, Ärztliche Eingriffe zu Heilzwecken, in: Lehrbuch der Gerichtlichen Medizin, hrsg. von Albert PONSOLD, 2.A., Stuttgart, 1957

SCHMIDT-MATTHIESEN, Gynäkologie und Geburtshilfe, Stuttgart - New York, 3. A. 1976

SCHRÖDER, Horst, Eigenmächtige Heilbehandlung im Strafrecht und StGB-Entwurf 1960, NJW 1961, S. 951 ff.

SCHRÖDER, Horst, Kommentar zum StGB, 20. A., München 1980

SCHÜNEMANN, Hermann, Anmerkung zu BGH v. 22.4.80, NJW 1980, S. 2753 f.

SCHWALM, 16 Thesen zur Einwilligung in Heilbehandlungen und zur ärztlichen Aufklärungspflicht, zitiert bei NIESE, Werner, Ein Beitrag zur Lehre vom Ärztlichen Heileingriff, in Festschrift für Eberhard SCHMIDT, Göttingen 1961, S. 373 ff.; derselbe auch in Bayer. Ärzteblatt 1960, Heft 5; ders. auch in Der Krankenhausarzt 1960, Heft 4

SPANN-LIEBHARDT-BRAUN, Ärztliche Hilfeleistungspflicht und Willensfreiheit des Patienten, in: Festschrift für Paul BOCKELMANN, hrsg. von A. KAUFMANN, G. BEMMANN, D. KRAUSS, K. VOLK, München, 1979

STOOß, Carl, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung, Berlin, 1898

TROCKEL, Horst, Die Einwilligung Minderjähriger in den ärztlichen Heileingriff, NJW 1972, S. 1493 ff.

WISSENSCHAFTLICHER BEIRAT der Bundesärztekammer, Leitsätze zur Verordnung oraler Kontrazeptiva, Dt. Ärzteblatt 1975, S. 2521

ZENKER, Rudolf, Ethische und rechtliche Probleme der Organtransplantation, in: Festschrift für Paul BOCKELMANN, hrsg. von A. KAUFMANN, G. BEMANN, D. KRAUSS, K. VOLK, München, 1979

ZUSAMMENFASSUNG

Die Arbeit vermittelt einen Überblick über die wichtigsten Beiträge aus Literatur und Rechtsprechung zum Recht des Ärztlichen Heileingriffs im deutschen Strafrecht, mit dem Ergebnis, daß nur solche Personen einen Heileingriff durchführen dürfen, die aufgrund ihrer Ausbildung dazu befähigt sind; hinzu kommt, daß bei der Durchführung auch der entsprechende Wille vorliegen muß. Dabei sind nur solche Eingriffe als Heileingriffe medizinisch indiziert, die der Vorbeugung, Verhütung, Erkennung, Heilung und Linderung von Krankheiten dienen. Der Eingriff muß - soll er straffrei sein - nach den Regeln der ärztlichen Kunst und Wissenschaft durchgeführt werden und mit der Einwilligung des Patienten oder des berufenen Vertreters versehen sein und ist nur dann wirksam, wenn der Patient zuvor aufgeklärt wurde, die Einwilligung ausdrücklich erklärt wird und weder sittenwidrig noch widerrufen ist. In besonderen Fällen des Behandlungszwangs und des Notfalls kann ein Eingriff auch ohne Einwilligung durchgeführt werden. Eine mutmaßliche Einwilligung ist abzulehnen.
Dabei erfüllt nach Meinung der Rechtsprechung jeder Eingriff den Tatbestand der Körperverletzung, während die Strafrechtslehre eine Verwirklichung dieses Tatbestandes nur in seltenen Ausnahmefällen sieht.
Die Analyse von Literatur und Rechtsprechung führt zu dem Ergebnis, daß mit der Mehrheit der Strafrechtslehre vom Gesetzgeber ein eigener Tatbestand für die Heilbehandlung und ihre Strafwürdigkeit im deutschen Strafrecht gefordert werden muß.
In diesem System nimmt der minderjährige Patient eine Sonderstellung ein, da er zwar zivilrechtlich nicht geschäftsfähig ist, aber je nach Alter und persönlicher Entwicklung im Hinblick auf einen bevorstehenden Eingriff und dessen Folgen für sein weiteres Leben einsichts- und urteilsfähig ist. In diesen Fällen hat er die Einwilligung selbst zu erteilen; ansonsten ist die Einwilligung des Personensorgeberechtigten maßgebend.

LEBENSLAUF

Ich wurde am 23.8.1947 in München als einziger Sohn des technischen Angestellten Josef Boiger und seiner Ehefrau Hilde, geb. Spieß, geboren.

1951 übersiedelten wir nach Dillenburg/Hessen, wo ich von 1954 bis 1958 die Volksschule und anschließend das Wilhelm-von-Oranien-Gymnasium besuchte.

1960 kehrten wir nach München zurück, wo ich nach dem Besuch des Klenze-Gymnasiums am 22.7.1968 das Abitur ablegte.

Im folgenden Wintersemester begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München, das ich am 13.12.1973 mit der Ersten Juristischen Staatsprüfung abschloß. Nach einer zweijährigen Tätigkeit als Rechtsreferendar im OLG-Bezirk München legte ich am 9.9.1976 die Zweite Juristische Staatsprüfung ab; seit 1977 bin ich als Rechtsanwalt in München tätig.

Im Wintersemester 1973/74 begann ich mit dem Studium der Humanmedizin an der Ludwig-Maximilians-Universität München, wo ich 1975 die Ärztliche Vorprüfung ablegte. 1977 absolvierte ich den Ersten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung. Im Jahre 1978 leistete ich ein mehrmonatiges Praktikum am Kaiser Foundation Medical Center in Vallejo/Kalifornien ab. 1979 bestand ich den Zweiten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung; anschließend war ich in München und Starnberg im Praktischen Jahr tätig, das ich mit dem Dritten Abschnitt der Ärztlichen Prüfung am 13.5.1980 abschloß.

Seit dem 19.5.1980 bin ich approbiert und seit 15.9.1980 als Assistent am Institut für Anästhesiologie der Universität München tätig.

Seit 1978 bin ich verheiratet und habe einen Sohn.